Dieter Helmers

Die Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten und die Einflüsse des Arbeitsrechts auf das öffentliche Dienstrecht

1970

1971

DIE BESCHRÄNKUNG VON GRUNDRECHTEN IM DIENSTVERHÄLTNIS DER STAATSANGESTELLTEN UND DIE EINFLÜSSE DES ARBEITSRECHTS AUF DAS ÖFFENTLICHE DIENSTRECHT

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

D i e t e r H e l m e r s

aus Setlage

Münster 1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Scupin
Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Menger
Dekan : Prof. Dr. Uber
Tag der mündlichen Prüfung : 26. 11. 1970

Meinen Eltern

Seite

I N H A L T

Einleitung 1

E r s t e r T e i l :
Die Abgrenzung des Beamtenverhältnisses vom Dienstverhältnis der Staatsangestellten 8

I. Die Gründe für eine Trennung des Rechts der Staatsangestellten vom Beamtenrecht 8
II. Grundlegende Rechtsquellen für das Dienstrecht der Staatsangestellten 30
III. Die funktionale Stellung der Staatsangestellten 33

Z w e i t e r T e i l
Der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten 39

1. Abschnitt :
Die Bedeutung des Grundgesetzes für das Dienstrecht der Staatsangestellten 39

I. Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse gemäß Art. 33 Abs. IV GG 39
1. Der Begriff des Dienstverhältnisses und des öffentlichen Dienstes 39
a. Das Dienstverhältnis 39
b. Der Begriff des öffentlichen Dienstes 42
c. Der Begriff des Staatsbediensteten 48

Seite

2. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. IV GG 49
a. Die Forderung der Verteilung der Aufgabenbereiche 49
b. Die Verwirklichung der Forderung des Art. 33 Abs. IV GG 50
c. Die rechtliche Durchsetzbarkeit der Forderung des Art. 33 Abs. IV GG 53
d. Die Sicherung des Staatsangestelltentums durch Art. 33 Abs. IV GG 56

3. Das Treueverhältnis der Staatsangestellten 61
a. Das Treueverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 61
b. Unterschiede zum arbeitsrechtlichen Treueverhältnis 65
c. Unterschiede zum beamtenrechtlichen Treueverhältnis 73

4. Die öffentlich-rechtliche Bindung und Unterordnung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten 79
a. Die Bestimmung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten durch den Zweck der Institution 79
b. Die Bestimmung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten nach den subjektiven Rechten 81
c. Die Bestimmung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten nach dem Rechtscharakter der die Tarifverträge abschließenden Parteien 81

Seite

d. Der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten als gemischtes privat- und öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis 87
e. Parallelen zur Zwei-Stufen-Theorie, zum Grund- und Betriebsverhältnis und zum Verwaltungsprivatrecht 88
aa. Parallelen zur Zwei-Stufen-Theorie 88
bb. Parallelen zum Grund- und Betriebsverhältnis 89
cc. Parallelen zum Verwaltungsprivatrecht 91
f. Die öffentlich-rechtliche Zweckbindung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten 93

II. Die Bedeutung des Art. 33 Abs. V GG für das Dienstrecht der Staatsangestellten 104
1. Der Geltungsbereich des Art. 33 Abs. V GG 104
2. Spezielle Bindungen des Dienstrechts der Staatsangestellten an hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums 113

2. Abschnitt :
Der Einfluß beamtenrechtlicher Normen auf die Beurteilung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten 115

I. Die rechtlichen und praktischen Unterschiede tarifvertraglicher und gesetzlicher Rechtsgrundlagen der Dienstverhältnisse 115

Seite

1. Die tarifvertraglichen Rechtsgrundlagen 115
2. Das Gesetz als Rechtsgrundlage des Beamtenverhältnisses 119
3. Die Unterschiede in den Begründungs- und Beendigungsmodalitäten der Dienstverhältnisse 120
4. Unterschiedliche einzelne Pflichten der Dienst- und Treueverhältnisse 127
a. Die Zulässigkeit einer abweichenden Regelung der Pflichtenbindungen im öffentlichen Dienst 127
b. Die Auslegung von Treuepflichten der Staatsangestellten 130

II. Ausstrahlungen des Arbeitsrechts auf das gesamte öffentliche Dienstrecht 141
1. Die Institution der Betriebsverfassung 141
2. Das Problem des Streikrechts der Staatsbediensteten 144
3. Das Institut der Tariffähigkeit und der Gewerkschaftsbegriff im öffentlichen Dienstrecht 151

III. Überschneidungen und Gemeinsamkeiten der Pflichtenbindungen der Beamten und Staatsangestellten 154

D r i t t e r T e i l
Der Geltungsbereich der Grundrechte im Dienstverhältnis der Staatsangestellten 159

Seite

I. Das Kriterium des besonderen Gewaltverhältnisses im Beamtenrecht 159
1. Problemstellung 159
2. Der Begriff des allgemeinen Gewaltverhältnisses 160
3. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis 163
a. Die Entwicklung des besonderen Gewaltverhältnisses 163
b. Der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses 169
c. Die Geltung der Grundrechte in den besonderen Gewaltverhältnissen 172
d. Die Maßstäbe für eine Beschränkung von Grundrechten in den besonderen Gewaltverhältnissen 174

II. Die Bedeutung des privatrechtlichen Sonderverhältnisses 177
1. Das besondere Gewaltverhältnis als deskriptiver Oberbegriff 177
2. Die verfassungsrechtliche Forderung und Rechtfertigung einer Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten 180
a. Das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten 180
b. Die besondere Grundrechtsschranke des Art. 33 Abs. V GG im besonderen Rechtsverhältnis der Staatsangestellten 187

Seite

c. Grundrechtsschranken im Dienstverhältnis der Staatsangestellten auf Grund der Verfassungsfunktion ihres öffentlichen Dienstes 191
aa. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten 191
bb. Grenzen einer Grundrechtsbeschränkung auf Grund der Verfassungsfunktion des Staatsangestelltentums 194
cc. Allgemeine Grundrechtsschranken 197

3. Grundrechtsschranken im Dienstverhältnis der Staatsangestellten auf Grund öffentlich-rechtlicher Bindungen des Dienstverhältnisses 199

4. Grundrechtsbeschränkungen im Dienstverhältnis der Staatsangestellten auf Grund spezieller tarifvertraglicher Dienstpflichten 201
a. Die Konkretisierung der bestehenden Grundrechtsbeschränkungen durch Tarifvertrag 201
b. Die Problematik einer gesetzlichen Regelung der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung und der Rechte der Staatsangestellten 203
c. Erfordernis und Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung und der Rechte der Staatsangestellten 204

Seite

aa. Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten 204

bb. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten 206

d. Die Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen durch Tarifvertrag 210

III. Wechselbeziehungen zwischen der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis und dem privatrechtlichen Sonderverhältnis 212

IV. Das besondere Gewaltverhältnis der Staatsangestellten (Schlußbetrachtung) 215

S C H R I F T T U M

Abelein, Manfred — Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis ZfP 1967, 313 - 332

Bachof, Otto — Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in : Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V in Mainz, Band 3, Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, S. 285 - 316, München 1952

Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in : Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, herausgegeben von Otto Bachof, Martin Drath, Otto Gönnenwein, Ernst Walz, S. 287 - 308, München 1955

BAT — Bundes-Angestelltentarifvertrag, Sammlung des Tarifrechts der Angestellten im öffentlichen Dienst, Loseblattausgabe, herausgegeben von Robert Dittmeier und Siegried Zängl, München 1969 München 1969

Baumann, Hans — Deutsches Verkehrsbuch, Berlin 1931

Becker, Erich — Die Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL, Heft 14, S. 96 - 135

Bergmann	Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen, ZHR 105, 1 - 43
Bettermann, Karl August	Rechtsetzungsakt, Rechtsatz und Verwaltungsakt, Satzungsgenehmigung und Allgemeinverbindlichkeitserklärung, in : Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band II, S. 723 - 744, München und Berlin 1965
Biedenkopf, Kurt	Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in : Gutachten des 46. Deutschen Juristentags, Band I, Teil 1, S. 97 - 167, München und Berlin 1966
Bochalli, Alfred	Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
	Kommentar zum Bundesbeamtengesetz unter Berücksichtigung des Rechts der Angestellten und Arbeiter des Bundes, 3. Auflage, München und Berlin 1969
Böckenförde, Ernst - Wolfgang	Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin 1958
	Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1964

Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattausgabe, Hamburg 1968
Bönninger, Karl u. a.	Das Verwaltungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Allgemeiner Teil, S. 137 ff., Berlin 1957
Böttcher, Reinhard	Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, in : Schriften zum öffentlichen Recht, Band 46, Berlin 1967
Brox, Hans - Rüthers, Bernd	Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965
Bydlinski, Franz	Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung. Gespräch über Wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur Überwindung des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht in Strobl am Wolfgangsee am 6. und 7. Juni 1969, veröffentlicht vom Bundesministerium für Justiz, Wien 1970
Clemens, H.	Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 65 - 68
	Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, Rechtsvergleichender Überblick aus beamtenpolitischer Sicht, ZBR 1961, 193 – 195

Crisolli - Tiedtke	Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, Kommentar von Julius Crisolli und Werner Tiedtke, Berlin, Neuwied 1961
Daumann, Hans	Zur Frage der Verschwiegenheitspflicht der Angestellten im öffentlichen Dienst, in : Die Personalvertretung, 1962, 145 - 149
Denecke, Johannes	Zum Begriff und Wesen des öffentlichen Dienstes, RdA 1955, 401 - 404
Deutscher Gewerkschaftsbund	Vorschlag des DGB zum Entwurf des Gesetzes über die Personalvertretungen in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben, Köln 1952
Dietz, Rolf	Personalvertretungsgesetz und Wahlordnung, Kommentar, München und Berlin 1956
Dürig, Günter	Anmerkung zu BVerfG E 6, 32 ff., in : JZ 1957, 169 - 173
Düwel, Peter	Das Amtsgeheimnis, Schriftenreihe der Höchschule Speyer, Band 23, Berlin 1965
Ebert, Kurt	Das Recht des öffentlichen Dienstes, Ein Handbuch für die Personalverwaltung und die Personalvertretungspraxis, Berlin 1965

Ebert, Kurt	Der Tarifvertrag und sein Verhältnis zu den übrigen Rechtsquellen des öffentlichen Dienstrechts, in : Die Personalvertretung, 1966, 105 - 113
Entwurf eines Personalvertretungsgesetzes	Antrag der Fraktion der SPD, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache V, 3643, Bonn 1969
Ermacora, Felix	Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung, DÖV 1956, 529 - 532
Esser, Josef	Schuldrecht. Ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1968
Faude, Alfred Fritz, Kurt	Aufgaben und Organisation des Bundesministeriums des Innern, in : Ämter und Organisationen der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1969
Fischbach, Oscar Georg	Zur Neugestaltung des Beamtenrechts. DÖV 1951, 453 - 459
	Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, DVBl. 1951, 524 - 526
	Der Rechtsbegriff des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Gesetzes zu Art. 131 GG. DÖV 1955, 709 - 714
	Bundesbeamtengesetz, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1964 und 1965, 2 Halbbände

Fitting, Karl
Heyer, Hermann
Lorenzen, Uwe

Personalvertretungsgesetz. Kommentar von Karl Fitting, Hermann Heyer, Uwe Lorenzen, 3. Auflage, Hamburg 1964

Fitting, Karl
Kraegeloh, Walter

Betriebsverfassung nebst Wahlordnung. Handkommentar für die Praxis von Karl Fitting und Walter Kraegeloh, 9. Auflage, Berlin, Frankfurt 1970

Forsthoff, Ernst

Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. 5 GG, DÖV 1951, 460 - 462

Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966

Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967

Friesenhahn, Ernst

Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner GG. DVBl. 1949, 478 - 485

Fürnthaler, Kurt

Zur juristischen Neuabgrenzung der Begriffe Arbeiter und Angestellte, juristische Dissertation, Köln 1967

Galperin, Hans

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz von Hans Galperin und Wolfgang Siebert, 4. Auflage, Heidelber 1963

Gastroph, Claus	Die politischen Vereinigungen. Inhalt und Grenzen der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 des Grundgesetzes im politischen Bereich in der Verfassungsstruktur der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1970
Gerber, Hans	Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner Grundgesetzes, DVBl. 1951, 489 - 494
Gerth, Erich	Das unmittelbare und das mittelbare Beamtenverhältnis, ZBR 1953, 209 - 210
	Das Recht des öffentlichen Dienstes, Versuch einer Begriffsabgrenzung, DöD 1955, 21 - 22
Gesetz zur Regelung der Dienstverhältnisse der Angestellten im öffentlichen Dienst (Landesangestelltengesetz -LAngG) - Entwurf -	Ausgearbeitet und herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft der Behördenangestellten, Düsseldorf 1955
Giese, Friedrich	Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1952
	Das Berufsbeamtentum als Grundpfeiler des demokratischen und sozialen Rechtsstaats, NDBZ 1956, 133 - 136

Görg, Hubert — Das Recht der kommunalen Angestellten und Arbeiter, in : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Zweiter Band, Kommunale Verwaltung, S. 97 - 102, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957

Grabendorff, Walter — Verfassungsrechtliche Prolegomena zum Personalvertretungsrecht und zur Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, DVBl. 1952, 325 - 330

Grewe, Wilhelm — Die politischen Treuepflichten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, in : Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, herausgegeben vom Deutschen Bund für Bürgerrechte, Gutachten zu dem Beschluß der Bundesregierung vom 19. Sept. 1950 zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, S. 35 - 64, Frankfurt am Main 1951

Inwieweit läßt Art. 33 Abs. V des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu?, in : 39. Deutscher Juristentag in Stuttgart 1951, s. 3 - 32, Tübingen 1952

Gröbing, Karl — Zum Begriff und Wesen des öffentlichen Dienstes, Arb. und R. 1959, 225 - 235

Hamann, Andreas — Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Auflage, Berlin, Neuwied 1961

Hartfiel, Günter — Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst - zwei unterschiedliche Funktionsgruppen?, in : Das Mitbestimmungsgespräch 1965, 136 - 138

Hartfiel, Günter
Sedatis, Lutz
Claessens, Dieter — Beamte und Angestellte in der Verwaltungspyramide. Organisationssoziologische und verwaltungsrechtliche Untersuchungen über das Entscheidungshandeln in der Kommunalverwaltung. Berlin 1964

Hartung, Fritz — Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 8. Auflage, Stuttgart 1964

Herschel, Wilhelm — Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in : Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band II, Teil D, S. 7 - 32, München und Berlin 1967

Hesse, Konrad — Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Karlsruhe 1969

Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Rechtsstaat, VVDStRL, Heft 17, 11 - 52

Hintze, Otto — Der Beamtenstand, Nachruck aus : Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Band III, Leipzig 1911, S. 93 - 170, Darmstadt 1963

Hintze, Otto — Der österreichische und der preußische Beamtenstaat im 17. und 18. Jahrhundert. Eine vergleichende Betrachtung, in : Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur Allgemeinen Verfassungsgeschichte. Herausgegeben von Fritz Hartung, S. 311 - 348, Leipzig 1941

Hirsch, Joachim — Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften. Eine Untersuchung zur Autonomie sozialer Verbände, erschienen in : Frankfurter Studien zur Wissenschaft von der Politik, herausgegeben von Iring Fetscher und Carlo Schmid, Band II, Stuttgart 1966

Hoffmann, Reinhard — Beamtentum und Streik, AöR 1966 (Bd. 91), 141 - 192

Huber, Ernst Rudolf — Rechtliche Gestaltung des öffentlichen Amtes und rechtliche Gestaltung des privaten Anstellungsverhältnisses, Bericht in der Arbeitsgemeinschaft für die deutsch-italienischen Rechtsbeziehungen, Rom 1939

Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789

Band I : Reform und Restauration, 1789 - 1830, Stuttgart 1957

Band II : Der Kampf um Einheit und Freiheit, 1830 - 1850, Stuttgart 1960

Band III : Bismark und das Reich, Stuttgart 1963

Hueck, Alfred Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts Erster Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1963 Zweiter Band, Erster Halbband, Kollektives Arbeitsrecht, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1967 Grundriß des Arbeitsrechts, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1965
Ipsen, Hans Peter	Gleichheit, in : Neumann, Franz - Nipperdey, Hans Carl - Scheuner, Ulrich, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, S. 111 - 198, Berlin 1954
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Anastatischer Neudruck von 1905, Tübingen 1919
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, unveränderter Neudruck der dritten Auflage von 1931, Bad Homburg v. d. Höhe, Berlin, Zürich 1966 Die Rechtsformen des Staatsdienstes, Begriff und rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz-Thoma, 2. Band, Tübingen 1932
Juncker, Wolfgang	Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtentwicklung gefährdet?, ZBR 1967, 65 - 68

Kamman, Karl-Udo	Das Ordnungsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, RdA 1967, 401 - 406
Kauffmann, Hermann	Normsetzungsbefugnis der Tarifpartner, NJW 1966, 1681 - 1686
Kellner, Hugo	Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963, 418 - 429
Kesseler, Wolfram	Das Recht, eine Amtsbezeichnung eines mitteldeutschen Landes in der Bundesrepublik zu führen, VerwArch 50 (1959), 42 - 76
Kirchhoff, Paul	Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des Grundgesetzes, juristische Dissertation, München 1968
Köhl, Gustav	Zur Frage des Besonderen Gewaltverhältnisses, ZBR 1957, 121 - 124
Köttgen, Arnold	Das deutsche Berufsbeamtentum und die Demokratie, Berlin und Leipzig 1928
	Beamtenrecht, Breslau 1929
	Zum Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes, DVBl. 1951, 651 - 655
Krüger, Herbert	Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, 625 - 629

Krüger, Herbert — Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in : Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I, Teil 1, S. 7 - 96, München und Berlin 1966

Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL, Heft 15, S. 109 - 132

Krüger, Hildegard — Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 309 - 312

Kümmel, Wilhelm — Der Begriff des öffentlichen Dienstes im Beamten-, Besoldungs- und Tarifrecht, RiA 1954, 64 - 67

Ist der Beamtenberuf noch erstrebenswert? Ein Vergleich der Rechtsverhältnisse und Ansprüche der Beamten mit den Angestellten des öffentlichen Dienstes, RiA 1959, 369 - 372

Laband, Paul — Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I, 5. Auflage, 1911

Larenz, Karl — Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 9. Auflage, München 1968

Leibholz, Gerhard
Rinck, Hans-Justus — Grundgesetz. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 3. Auflage, Köln 1968

Leisner, Walter — Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 617 - 626

Leiß, Ludwig	Beschäftigte des öffentlichen Dienstes als Zeugen über dienstliche Vorgänge, DÖV 1956, 396 - 400
Leissner, Gustav	Verwaltung und öffentlicher Dienst in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands. Eine kritische Würdigung aus gesamtdeutscher Sicht, Stuttgart und Köln 1961
Lotz, Albert	Geschichte des Deutschen Beamtentums. Mit Buchschmuck und zahlreichen kulturhistorischen Abbildungen versehen von Julius Schlattmann und Ernst Strach, 2. Auflage, Berlin 1914
Malz, Heinrich Heilmann, Johannes	Lexikon des öffentlichen Dienstes, Köln und Berlin 1964
von Mangoldt, Hermann Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz 1. Auflage, Berlin dund Frankfurt 1953 2. Auflage, Band I, Berlin und Frankfurt 1957 Band II, Berlin und Frankfurt 1964
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 16. Auflage, München und Berlin 1968

Menger, Christian-Friedrich — Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in : Bettermann, Karl August - Nipperdey, Hans Carl - Scheuner, Ulrich, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band III, Halbband 2, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S. 717 - 778, Berlin 1959

Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297 - 303

Maunz, Theodor
Dürig, Günter
Herzog, Roman — Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München und Berlin 1968

Mestern, Hans — Welche Änderungen im deutschen Beamtenwesen sind erwünscht und zugleich mit der in Art. 33 des Grundgesetzes vorgeschriebenen "Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" vereinbar?, in : Neues Beamtentum, Beiträge zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes. Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V. Band 10, S. 27 - 65, Frankfurt 1951

Möller, Heinrich — Begriff und Wesen des Beamten im formellen und materiellen Sinn, in : Beamtenjahrbuch, Wissenschaftliche Monatszeitschrift für das deutsche Berufsbeamtentum, 1929, 336 ff.

von Münch, Ingo

Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, juristische Dissertation, Frankfurt 1957

Freie Meinungsäußerung der Beamten, ZBR 1959, 305 - 310

Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 209 - 211

Der Streik im kommunalen Versorgungsunternehmen in öffentlich-rechtlicher Sicht, DÖV 1960, 294 - 299

Nauk, Wolfgang

Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften, JW 1936, 2508 - 2512

Naumann, Richard

Rechtsweg und Gerichtsweg in beamtenrechtlichen Streitigkeiten, in : Der Beamtenbund, Zeitschrift des Deutschen Beamtenbundes, herausgegeben vom Deutschen Beamtenbund (Gewerkschaftsbund der Berufsbeamten), 1951, 162 - 164

Neeße, Gottfried

Der deutsche Beamte heute, Fragen, Erfahrungen, Vorschläge, in Weber, Werner - Baring, Martin - Neeße, Gottfried, Baden - Baden 1959

Der Angestellte im kommunalen Bereich, Gedanken zum Strukturwandel im öffentlichen Dienst, ZBR 1957, 33 - 41

Nikisch, Arthur	Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926
	Arbeitsrecht
	1. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1961
	II. Band, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1959
Nipperdey, Hans Carl Heussner, Hermann	Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in : Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts. Im Auftrage der Vereinigung der Präsidenten der deutschen Verwaltungsgerichte herausgegeben vom Helmut R. Külz und Richard Naumann, Band I, S. 211 - 237, Karlsruhe 1963
Obermayer, Klaus	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart und München 1956
	Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg vom 14.7.1958 -Bf. II 32/58- , DÖV 1959, 311
Otto, Walter	Der Beamte als Träger der Staatshoheit. Beitrag zur Auslegung des Art. 33 Abs.4 des Grundgesetzes, ZBR 1956, 233 - 244

Palandt, Otto	Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 28. Auflage, München 1969
Palme, Anton	Zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst, RiA 1959, 322 - 324
Partsch, Karl	Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, in : Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaft, Heft 221, Tübingen 1958
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
Pfennig, Gerhard	Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 4, Berlin 1960
Piek, Johannes	Beamtenähnliche öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, DÖV 1966, 217 - 221
Platz, Hermann	Das Recht des öffentlichen Dienstes in der Sowjetzone, DÖV 1960, 531 - 536
Plog-Wiedow-Beck	Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Neuwied a. Rh. 1968

Poelmann, Fritz	Die Mitbestimmung des Personalrats bei Höher- und Rückgruppierung im öffentlichen Dienst, RdA 1968, 121 - 126
Rehbinder, Manfred	Die Rechtsnatur des Tarifvertrags, JR 1968, 167 - 171
Rewolle, Hans-Dietrich	Dienststrafen gegen Angestellte und Lohnempfänger des öffentlichen Dienstes, RiA 1960, 81 - 84
Ridder, Helmut	Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in : Arbeits- und sozialrechtliche Studien, herausgegeben von Thilo Ramm, Heft 2, Stuttgart 1960
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Berlin 1940, 1954, 1959 - 1962
Röhl, Hellmut	Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, AöR 1956 (Bd. 81), 195 -214
Rösner, Gerhard	Die Besonderheiten der Dienstverhältnisse der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, juristische Dissertation, Frankfurt 1955

Rudolph, Wolfgang	Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien und Vereinigungen, DVBl. 1967, 647 - 651
Scheuner, Ulrich	Politische Betätigung von Beamten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, in : Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, herausgegeben vom Deutschen Bund für Bürgerrechte, Gutachten zu dem Beschluß der Bundesregierung vom 19. Sept. 1950 zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, S. 65 - 92, Frankfurt a. M. 1951
Schick, Wilhelm	Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 67 - 73
Schneeberger	Zur Frage der Rechtswidrigkeit der Zölibatsklausel für Polizeibeamte, ZBR 1956, 33 - 37
Schneider, Karl	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum öffentlichen Dienst, RiA 1967, 104 - 105 RiA 1968, 4 - 6
Schnorr, Gerhard	Der Begriff der "Gewerkschaft", RdA 1953, 377 - 379

Schnupp, Gustav	Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte, ZBR 1956, 343 - 347
Schüle, Adolf	Staatliche Personalämter und berufsgenossenschaftliche Selbstverwaltung, in : Festschrift für Richard Thoma, S. 225 - 256, Tübingen 1950
Schütz, Erwin	Die Fürsorge- und Schutzpflicht des beamtenrechtlichen Dienstherrn, DöD 1958, 201 - 207
	Die Verschwiegenheit der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, in : Die Personalvertretung, 1965, 246 - 253
Schwenk, Edmund H.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, NJW 1968, 822 - 826
Scupin, Hans-Ulrich	Über den Wandel der Wesensbestimmung der Demokratie in Deutschland während des letzten Jahrhunderts, in : Recht im Dienste der Menschenwürde, Festschrift für Herbert Kraus, herausgegeben vom Göttinger Arbeitskreis, S. 313 - 343, Würzburg 1964
Sellmann, Klaus-Albrecht	Grundsätzliches zur Disziplinargerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 227 - 233

Thiele, Willi — Zur Problematik des "öffentlichen Bediensteten", ZBR 1967, 321 - 323

Thieme, Werner — Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 521 - 529

Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes (Art. 33 GG), Göttingen 1961

Verwaltungslehre, Köln, Berlin, Bonn, München 1967

Beamtentum im Wandel, DÖV 1968, 405 - 408

Für eine Totalrevision des Grundgesetzes, ZRP 1969, 32 - 33

Thorn, Philipp — Zum Gewerkschaftsbegriff im Sinne des Personalvertretungsgesetzes, RiA 1958, 230 - 231

Treutlein, Gerhard — Der Bundes-Angestelltentarifvertrag, DöD 1961, 61 - 66

Ule, Carl Hermann — Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Köln, Berlin 1951

Öffentlicher Dienst, in : Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann und Hans Carl Nipperdey, Vierter Band, Zweiter Halbband, S. 537 - 671, Berlin 1962

Verhandlungen — Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode, Stenographische Berichte, Band 16, Bonn 1953

Wacke, Gerhard — Die Rechtsstellung der kommunalen Dauerangestellten in Preußen, Berlin 1929

Das Dienstrecht der Behördenangestellten. Die Rechtsverhältnisse der Angestellten im Dienste von Behörden und Betrieben aller öffentlichen Körperschaften des Reiches, der Reichspost, Reichsbahn, Reichsbank, der Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände, Sozialversicherungsträger, Kirchengemeinden, Kreditinstitute, Versicherungsanstalten und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, Berlin 1933

Das Dienstrecht der Behördenangestellten als Verbindungsglied zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht, ArbR 1933, 129 - 138

Öffentliches Dienstrecht. Erläuterungen zu den Tarif- und Dienstordnungen für Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes und zu dem Arbeitsordnungsgesetz für die öffentlichen Verwaltungen und Betriebe, Berlin 1939

Empfiehlt sich ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes?, ZStW 100 (1939), 170 - 216

Wacke, Gerhard

Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, Bemerkungen zu den Unterschieden der drei deutschen Dienstrechte.
AöR 76, 385 - 434

Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht,
Hamburg 1941

Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, in : Die Verwaltung, Schriftenfolge zur staatswissenschaftlichen Fortbildung der Beamten und Behördenangestellten, begründet von Friedrich Giese, herausgegeben von Karl Maria Hettlage, Heft 20, Braunschweig 1950

Entstehungsgeschichte und Inhalt des Art. 33 Absatz 5 des Grundgesetzes, in : Neues Beamtentum, Beiträge zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes, Wissenschaftliche Schriftenreihe zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e. V., Band 10, S. 152 - 178, Frankfurt 1951

Die Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften im Dienstrecht der Angestellten. Ihre Wirkung bei den Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherung,
ZBR 1955, 229 234

Aussprache über den Bericht Richard Neumanns "Die Berufsbeamten und die Staatskrisen",
VVDStRL, Heft 13, 176 - 180

Wacke, Gerhard

Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, herausgegeben vom Hauptvorstand der Arbeitsgemeinschaft der Behördenangestellten, Düsseldorf 1956

Aussprache über den Bericht Herbert Krügers "Das besondere Gewaltverhältnis", VVDStRL, Heft 15, 206 - 210

Das Personalvertretungsgesetz und seine Kommentare, JZ 1957, 289 - 294

Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts. Verfassungsrechtlicher Stand und Lösung vom Arbeitsrecht. Tübingen 1957

Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 278 - 281

Walter, Gerhard
Böhm, Norbert

Arbeitsverhältnis und Beamtenverhältnis, in : Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für Friedrich Sitzler, S. 181 - 201, Stuttgart 1956

Weber, Werner

Die Rechtsstellung der Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger, ZBR 1955, 129 - 134

Die Gegenwartslage des höheren Beamtentums, in : Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, S. 147 - 159, Karlsruhe 1963

Weisbart, Paul — Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, VerwArch 26, 387 - 408

Wilhelm, Bernhard — Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 357 - 367

Die freie Meinung im öffentlichen Dienst, München und Wien 1968

Wolff, Hans-Julius — Verwaltungsrecht I, Kurzlehrbuch, Band 1. Allgemeiner Teil. 7. Auflage, München und Berlin 1968

Verwaltungsrecht II, Kurzlehrbuch, Band 2. Organisations- und Dienstrecht. 3. Auflage, München 1970

A B K Ü R Z U N G E N

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angeführten Orte
Abl.	Amtsblatt
pr. ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, zitiert nach §, Teil und Titel
Anm.	Anmerkung
AOGö	Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. 3. 1934, RGBl. I S. 220 ff. (amtliche Abkürzung)
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten
ArbS	Arbeitsrechts-Sammlung. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofes, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte
Arb. u. R.	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATO	Allgemeine Tarifordnung für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes
bad VGH	Verwaltungsgericht für das (ehemalige) Land Baden
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGH E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes

BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDH E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofes
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. I, II, III	Bundesgesetzblatt Teil I, II, III
BGH	Bundesgerichtshof
BGH St (Z)	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Zivilsachen)
BPersG	Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen vom 17. Mai 1950, BGBl. S. 207
BPersVertrG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwG E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DAG	Deutsche Angestellten Gewerkschaft
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935, RGBl. S. 49 (außer Kraft)
DöD	Der öffentliche Dienst
DO NW	Disziplinarordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

Einf.	Einführung
Erl.	Erläuterung
gem.	gemäß
Gem. Min. Bl.	Gemeinsames Ministerialblatt. Herausgegeben vom Bundesministerium des Innern
GG	Grundgesetz
GO NW	Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
GS	Gesetzessammlung für die Königlich Preußischen Staaten
GS	Großer Senat
GS NW	Bereinigte Gesetzessammlung des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hdb. d. Komm. Wiss. u. Praxis	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
HGB	Handelsgesetzbuch
i. d. F.	in der Fassung
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LBG	Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
LPVG	Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
LVG	Landesverwaltungsgericht
LVerf NW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NDBZ	Neue Deutsche Beamtenzeitung
NF	Neue Folge
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
pr. OVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht

PAT	Preußischer Angestelltentarifvertrag
RArbBl.	Reichsarbeitsblatt
RArbG	Reichsarbeitsgericht
RAT	Reichsangestelltentarifvertrag
Rn.	Randnummer
Rdnrn.	Randnummern
RdA	Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RG	Reichsgericht
RG Z	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Recht im Amt
Rspr.	Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
TO	Tarifordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919 (Weimarer Verfassung)
WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

E i n l e i t u n g

Die Aufgabe dieser Studie ist es, die Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten zu untersuchen. Weil ihr berufliches Rechtsverhältnis im öffentlichen Dienst eine Zwischenform zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht darstellt, ist zu klären, ob die für das besondere Gewaltverhältnis der Beamten entwickelten Grundrechtsbeschränkungen im Ergebnis und ihrer juristischen Konstruktion nach ebenso für Staatsangestellte in vergleichbarer dienstlicher Stellung gelten.

Ob die Studie im wesentlichen arbeitsrechtlicher oder aber öffentlich-rechtlicher Natur ist, hängt davon ab, wie der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten zu beurteilen ist. Die Untersuchung beschäftigt sich daher mit dem Thema unter besonderer Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung der Beamten und ist auf eine allgemeine und grundsätzliche Stellungnahme zum Problem der Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten begrenzt.

Zahlreiche Einzelprobleme, die sich aus den einzelnen Grundrechtsartikeln für das Thema ergeben, können nicht so ausführlich behandelt werden, wie es ihrer Bedeutung und juristischen Problematik zukommt. Darüber hinaus gegebene Hinweise auf Darstellungen einzelner Fragen einer Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten können nur einen Einblick in dieses bisher noch nicht grundlegend erforschte Rechtsproblem geben.

Bei der Frage einer Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten ist zu berück-

sichtigen, daß dieses auf arbeitsrechtlicher Grundlage beruhende besondere Rechtsgebiet stark von den Grundsätzen des Beamtenrechts beeinflußt ist und insbesondere hinsichtlich der Pflichtenbindung materiell oft in gleicher Weise beurteilt wird. Hinzu kommt, daß sich die Aufgabenbereiche beider Dienstverhältnisse überschneiden; viele Angestellte sind heute nicht mehr allein als bloße Hilfskräfte der Verwaltung, sondern auch zur Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben tätig[1]. Andererseits führen viele Beamte des einfachen und auch des mittleren Dienstes bloße mechanische Hilfeleistungen aus.

Durch die zunehmende Wandlung der Aufgaben des Staates von der Hoheitsverwaltung zur Leistungsverwaltung, also die Ausweitung der daseinsvorsorgenden Aufgaben der Verwaltung[2], wird die von Art. 33 Abs. IV GG geforderte Unterscheidung der Ausübung hoheitsrechtlicher und nicht hoheitsrechtlicher Befugnisse immer schwieriger, da hoheitliches Handeln nur der Eingriffsverwaltung eigentümlich ist[3]. Eine sinnvolle und exakte funktionale Trennung beider Gruppen von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes ist kaum durchführbar.

1) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 88

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1

3) Hartfiel, in : Das Mitbestimmungsgespräch 1965, 136; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1

Während materiell die Entscheidung über Akte der Verwaltung häufig durch angestellte Sachbearbeiter geschieht, werden diese Entscheidungen formal durch Beamte vollzogen, die dadurch an materieller Entscheidungsmöglichkeit einbüßen[1]. Aus diesen Gründen ist es nicht mehr zu verwirklichen, jegliche Erfüllung hoheitlicher Aufgaben den Beamten vorzubehalten.

Wegen dieser Überschneidung der Aufgabenbereiche kann sich für die Staatsangestellten eine von der Art ihrer Tätigkeit her zu beurteilende und zu begrenzende, besondere grundrechtliche Pflichtenbindung ergeben[2], die dem für Beamte bestehenden sogenannten besonderen Gewaltverhältnis ähnlich ist[3]. Hierzu ist zu klären, ob und in welchem Spannungsverhältnis die Dienstpflichten der Staatsangestellten zu den Grundrechten stehen.

Unter diesem Blickwinkel der Untersuchung stellt sich das verfassungsrechtliche Problem, wie neben der Beamtenschaft die Angestelltenschaft des öffentlichen Dienstes in das System der Verfassung einzuordnen ist. Dabei ist die Problematik der grundrechtlichen Stellung der Staatsangestellten auf Grund der geltenden verfassungsrechtlichen Rechtsbegriffe zu erarbeiten. Die Rechtserscheinung des Staatsangestellten ist nach ihren ursprünglichen privatrechtlichen und nach den später ihr zugewachsenen öffentlich-rechtlichen Elementen

1) Hartfiel, in : Das Mitbestimmungsgespräch 1965, 138

2) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 118 1 b

3) Wacke, Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 280; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 115

dogmatisch zu verorten. Sodann sollen bestehende theoretische Unterschiede des Dienstverhältnisses der Beamten zu dem der Staatsangestellten auf ihre praktische Bedeutung hin untersucht werden.

Den bekanntesten Fall einer übereinstimmenden Grundrechtsbeschränkung der Staatsangestellten und Beamten bildet der Beschluß der Bundesregierung vom 19.9.1950[1] mit ergänzendem Erlaß des Bundesministers des Innern[2]. Danach wurde über alle Staatsbediensteten das aus der

1) Gem.Min.Bl. vom 20.9.1950. Der Beschluß der Bundesregierung vom 19. September hat u.a. folgenden Wortlaut :
..."Wer als Beamter, Angestellter oder Arbeiter im Bundesdienst an Organisationen oder Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt, wer insbesondere im Auftrag oder im Sinn der auf Gewalthandlungen abzielenden Beschlüsse des 3. Parteitages der "kommunistischen SED" und des sogenannten "Nationalkongresses" wirkt, macht sich einer schweren Pflichtverletzung schuldig...

Die Bundesregierung ersucht die Dienstvorgesetzten, gegen Beamte, Angestellte und Arbeiter, die ihre Treuepflicht gegenüber der Bundesrepublik durch Teilnahme an solchen Organisationen oder Bestrebungen verletzen, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Gegen Schuldige ist unnachsichtlich die sofortige Entfernung aus dem Bundesdienst, und zwar bei Beamten aus Lebenszeit durch Einleitung eines förmlichen Dienststrafverfahrens unter gleichzeitiger vorläufiger Dienstenthebung und Gehalteinbehaltung, bei Beamten auf Widerruf durch Widerruf, bei Angestellten und Arbeitern durch fristlose Kündigung herbeizuführen.

Die Bundesregierung empfiehlt den Länderregierungen, sofort entsprechende Maßnahmen zu treffen".

2) Gem.Min.Bl. 1954, 114

politischen Treuepflicht hergeleitete Verbot einer Beteiligung an bestimmten politischen Organisationen verhängt.

Die Verfassungsmäßigkeit dieses Beschlusses kann fragwürdig sein, weil die Staatsangestellten ebenso wie die Beamten hierdurch stark in ihren Grundrechten eingeschränkt werden[1]. Gleichwohl sind gegen diese Gleichbehandlung der Staatsangestellten mit den Beamten keine ablehnenden Stimmen laut geworden[2].

Dieses heute schon fast 20 Jahre zurückliegende Ereignis ist ein Anzeichen dafür, daß für eine Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten, hier insbesondere der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG, die Maßstäbe des besonderen Gewaltverhältnisses entsprechend gelten können.

Ähnlich der in diesem Beschluß erfaßten Rechtslage stimmen in einigen grundlegenden Pflichtenbindungen die Dienstrechte der Staatsangestellten und Beamten überein. In neuerer Zeit wurde sogar erörtert, ob nicht diese Rechtsentwicklung der Verschmelzung beider Dienstverhältnisse zu einer Gefährdung der in Art. 33 GG gewährleisteten Institution des Berufsbeamtentums führe[3].

1) Scheuner, in : Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, S. 91

2) Rudolph, Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien und Vereinigungen, DVBl. 1967, 647

3) Juncker, Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet? ZBR 1967, 68; Neeße, Der Angestellte im kommunalen Bereich, Gedanken zum Strukturwandel im öffentlichen Dienst, ZBR 1967, 40

Das heutige öffentliche Dienstrecht unterscheidet drei Dienstverhältnisse, nämlich das Beamtenrecht, das Recht der Staatsangestellten und das Recht der Arbeiter des öffentlichen Dienstes. Für das Recht der Beamten sollen die Bundesbeamtengesetze und das Beamtengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, das letztgenannte beispielhaft für die übrigen Landesbeamtengesetze herangezogen werden. Die Rechtsquellen für die tarifrechtlich besonders gestalteten Dienstverhältnisse der Staatsangestellten sollen im ersten Teil der Untersuchung näher dargelegt werden. Um die Vielfalt der vorliegenden Thematik zu begrenzen, sollen Sonderregelungen, wie sie für Soldaten, Richter oder Dienstordnungsangestellte bestehen[1], unberücksichtigt bleiben. Die hier interessierenden Dienstverhältnisse der Beamten und der Staatsangestellten werden wie folgt charakterisiert : Nach dem Wesen des Berufsbeamtentums steht jeder Beamte, also nicht nur der auf Lebenszeit ernannte, zu seinem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis (§ 2 Abs. I BRRG; § 2 LBG), das den Staat zu einer umfassenden Sorgepflicht (§ 48 BRRG; 79 BBG; § 85 LBG), den Beamten andererseits dazu verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft im öffentlichen Dienst für das allgemeine Wohl zur Verfügung zu stellen.

Der Angestellte im öffentlichen Dienst steht dagegen in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu seinem Dienstherrn, das auf Grund eines bestimmten Tarifvertrages durch einen Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff BGB geschlossen wird. Die Tarifverträge enthalten ebenso wie die einschlägigen Beamtengesetze eine umfangreiche,

1) Vgl. hierzu Weber, Die Rechtsstellung der Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger, ZBR 55, 129-134

im Einzelfall praktisch nicht abänderbare Regelung der Pflichten und Rechte der Staatsangestellten[1], die inhaltlich denen in den Beamtengesetzen sehr ähneln. Dem Staatsangestellten obliegt die Treuepflicht, seine Arbeitskraft dem Staate gewissenhaft zur Verfügung zu stellen, der Staat hat dagegen eine Fürsorgepflicht gegenüber den Staatsangestellten.

Die Konsequenzen dieser formalen Unterscheidungen beider Dienstverhältnisse bestehen unter anderem darin, daß für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis der Beamten der Verwaltungsrechtsweg (§ 126 BRRG; § 172 BBG), für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis der Staatsangestellten der Zivilrechtsweg (§ 2 Abs. I Ziff. 2 ArbGG) gegeben ist[2]. Nach der Generalklausel des ArbGG (§ 5 Abs. 1) wird nicht zwischen Angestellten des öffentlichen Dienstes und Angestellten privater Betriebe und Unternehmungen unterschieden.

1) Vgl. Treutlein : Der Bundes-Angestelltentarifvertrag, DöD 1961, 61

2) s. BVerwG, in : NJW 55, 1455 und BArbG, in : NJW 55, 1996

E R S T E R T E I L

Die Abgrenzung des Beamtenverhältnisses vom Dienstverhältnis der Staatsangestellten

I. Die Gründe für eine Trennung des Rechts der Staatsangestellten vom Beamtenrecht

Durch Art. 33 Abs. IV des Grundgesetzes wird eine Trennung des Rechts der Staatsangestellten vom Beamtenrecht gefordert [1]. Diese Regelung entstand, obgleich den Schöpfern des Grundgesetzes die praktische Ähnlichkeit und Überschneidung beider Rechtsverhältnisse bekannt war und sie der künftigen Rechtsentwicklung deren Verschmelzung vorbehalten wollten [2] und obwohl die Hessische Verfassung drei Jahre zuvor in ihrem Art. 29 Abs. I normiert hatte :
"Für alle Angestellten, Arbeiter und Beamten ist ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen."

Die vom Grundgesetz geforderte Trennung beider Dienstverhältnisse hat indes weniger ihre Rechtfertigung in dem heutigen Zustand der faktischen Verschmelzung wichtiger materieller Rechtssätze beider Rechtsverhältnisse als vielmehr in der bis dahin begründeten Entwicklung beider Rechtsgebiete.

1) s. u. S. 47 ff.

2) Vgl. Rosenthal-Pelldram, in : Neues Beamtentum, S. 74; Thiele, Zur Problematik des "öffentlichen Bediensteten", ZBR 1967, 321

Die vom Grundgesetz geforderte Trennung des Beamtenrechts vom Dienstrecht der Staatsangestellten besteht in der heutigen sozialen Wirklichkeit meist nicht mehr. Statt des dominierenden Charakters des Beamtentums gewinnt die zahlenmäßig und bezüglich ihres Anteils am Personal der Behörden ständig wachsende Angestelltenschaft des öffentlichen Dienstes zentrale Bedeutung, zumal auch die Leitidee des Beamten als des getreuen Staatsdieners neuerdings weniger der Wirklichkeit entspricht als vielmehr sein steigendes Arbeitnehmerdenken[1]. Das Grundgesetz selbst hat den Grundsatz, daß die Ausübung hoheitsrechtlicher Tätigkeiten den Beamten vorzubehalten sei, ausdrücklich eingeschränkt, indem es diese Tätigkeiten als "ständige Aufgabe" meint und die Worte "in der Regel" verwendet.

Eine klare Trennungslinie der Aufgabenbereiche beider Berufsgruppen läßt sich nicht ziehen[2]. Maßstäbe für eine vom Beamtenrecht unterschiedliche Beurteilung der Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten können jedoch nicht nur juristisch abstrakt gewonnen werden, sondern müssen ihre Rechtfertigung auch in der unterschiedlichen Struktur beider Dienstverhältnisse haben.

Ursprünglich wurde im öffentlichen Dienstrecht nicht zwischen dem Beamtenrecht, dem Recht der Staatsangestellten und dem Recht der Arbeiter des öffentlichen Dienstes unterschieden. Verfolgt man die Entwicklung

1) s. Neeße, Der Angestellte im kommunalen Bereich, ZBR 1967, 33

2) Vgl. BVerfGE 9, 284

des öffentlichen Dienstrechts zurück bis zum Anfang des 18. Jahrhunderts, so kann man unter der Regierung des preußischen Königs Friedrich Wilhelm I. (1713 bis 1740) von einem uneigennützigen Amtswalter als einem Privatangestellten des Fürsten sprechen, dessen Rechtsstellung durch die von ihm wahrzunehmenden Aufgaben charakterisiert wurde[1].

Eine rechtliche Unterscheidung zwischen Dienstverhältnissen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art war jedoch zu dieser Zeit noch nicht bekannt[2].

Auf Grund der am Anfang des 18. Jahrhunderts in Preußen herrschenden Verwaltungszustände [3] sah sich Friedrich Wilhelm I. veranlaßt, die Ämterpatronage sowie willkürliche Ernennungen und Entlassungen von Staatsbediensteten einzudämmen, um unter Ausschaltung dieser Einflüsse eine sparsame und geordnete Verwaltungsführung verwirklichen zu können. Es bildeten sich für die Staatsverwaltung feste Regeln heraus, nach denen bei Besetzung der Ämter zu verfahren war[4]. Hierdurch wurde die bisherige Willkür in der Besetzung und Führung der Ämter beseitigt, jedoch war eine gerichtliche Über-

1) Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 51, 52; Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 150; Kirchhoff, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des GG, S. 20

2) Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band II, S. 22

3) Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band I, S. 105; Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 122 ff.

4) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 155, 158

prüfung dieser Regeln weder dem betreffenden Amtswalter noch dem einzelnen Untertanen möglich. Die Rechte des Königs, also des Staates nach heutigen Begriffen, gingen noch den Rechten des Individuums vor. Aus dem Kampf Friedrich Wilhelms I. gegen die Macht der Stände als autonome Gewalt bildete sich im gesamten Preußen ein sich ständig zentralisierender Staat stark polizeistaatlichen Charakters. Als Wohlfahrtsstaat ging es diesem zwar auch wesentlich um das Wohl des Volkes, dies aber nicht im Sinne der Summierung des Wohls aller einzelnen Menschen, sondern als Summierung des Wohls des Volkes als Ganzem gedacht. Dem einzelnen Untertanen gestand er noch keimerlei Freiheitsrechte zu[1].

Gleichwohl entstand nach und nach ein Amtswaltertum, das seine Aufgabe in der uneigennützigen Verwaltung der Staatsinteressen statt der Nutzung der Ämter als Pfründen sah[2].

Von einem Beamtenverhältnis heutiger Art kann aber während der Regierungszeit Friedrich Wilhelms I. noch nicht die Rede sein. Das damalige Fürstendienertum muß dem Rechtscharakter nach eher, wenn auch noch in sehr einfacher, unentwickelter Form, dem heutigen Angestelltenverhältnis als dem Beamtenverhältnis zugeordnet werden[3]. Rechtsgrundlage für die Funktion des Amtswalters als eines Fürstendieners war nämlich

1) Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 120 f.; Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band I, S. 105 f., Band II, S. 20; Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 203

2) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 161

3) Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 51; Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band III, S. 965; Hintze, Der Beamtenstand, S. 33

der zwischen ihm und dem Fürsten abgeschlossene privatrechtliche Arbeitsvertrag. Dieser wurde allerdings im Laufe der Zeit mit einem dem Staatsdienertum spezifischen Ethos ausgefüllt, auf Dauer angelegt, und schließlich wurde sogar die Entlohnung nicht mehr unmittelbar von der tatsächlich geleisteten Arbeit abhängig gemacht. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß nach wie vor die Tätigkeit "pour le roi de Prusse", also das personale Element, im Vordergrund stand[1], das Staatsdienertum mithin von dem Rechtsverhältnis eines Privatbediensteten des Fürsten juristisch nicht zu unterscheiden war. Es darf nicht übersehen werden, daß auch das privatrechtliche Dienstvertragsverhältnis durch das Treueprinzip geprägt ist[2].

Will man das Dienstverhältnis der Staatsdiener also unter heutigen rechtlichen Gesichtspunkten qualifizieren, so muß es wegen der Bedeutung des Landesherrn als eines privaten Arbeitgebers zum Angestelltenverhältnis gerechnet werden[3].

Das mit einem derartigen spezifischen Treueethos begründete privatrechtliche Staatsdienertum veränderte sich durch den aufgeklärten Absolutismus zu einem beamtenähnlichen Amtswalterverhältnis. Bezüglich des Ethos unverändert wandelte sich die privatrechtliche Struktur des Dienstverhältnisses um in eine nach heutigen Begriffen öffentlich-rechtliche.

1) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 187

2) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 14 III 2; Palandt-Putzo, Einf. vor § 611 Anm. 4 b; Larenz II, § 48 II a

3) Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band I, S. 105 f.

Als nämlich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts im aufgeklärten Absolutismus der Nachfolger Friedrich Wilhelms I., Friedrich der Große, während seiner Regierungszeit weniger seinen eigenen als vielmehr den Nutzen des Staates im Auge hatte, verblaßte auch das personale Element im Dienstverhältnis der Staatsangestellten[1]. Der Tätigkeit "pour le roi de Prusse" stand der Ausspruch Friedrichs des Großen gegenüber, der sich selbst als ersten Diener seines Staates bezeichnet hatte[2]. Diese Verselbständigung des Staatsgewalt gegenüber ihrem Träger, dem Amtswalter, bedeutete die Abkehr von der personalen und privatrechtlichen Pflichtenbindung der Staatsangestellten und führte nach heutiger Rechtsauffassung dazu, daß die privatrechtliche Pflichtenbindung des Amtswalterverhältnisses in eine solche öffentlich-rechtlicher Art umschlug[3]. Damit veränderte sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts das privatrechtliche Staatsdienertum in ein beamtenähnliches Amtswalterverhältnis, das auch die Person des Monarchen überdauerte[4].

1) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 195, 196; Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 52; Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 123; Köttgen, Beamtenrecht, S. 71

2) Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band III, S. 965

3) Vgl. Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 295; Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band III, S. 965; Hintze, Der Beamtenstand, S. 33, 39; ders., in : Staat und Verfassung, S. 348; Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 123

4) Vgl. Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 208, 271, 295; Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band II, S. 23; Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 123; Kirchhoff, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des GG, S. 21

Entscheidend für die Charakterisierung dieses Dienstverhältnisses als eines Amtswalterverhältnisses[1] ist lediglich die Pflichtenbindung, die sich unter Friedrich Wilhelm I. nach dem Willen des Fürsten, unter dem aufgeklärten Absolutismus nach dem Wohle des Staates und den Aufgaben des verwalteten Amtes richtete[2].

Das in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entstandene öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis wurde schließlich 1794 im preußischen Allgemeinen Landrecht kodifiziert. Mag auch in § 68 des Teils II Titel 10 pr. ALR von "Beamten" die Rede sein, die allgemein als "Civilbediente" bezeichnet werden, wenn sie nicht zum Militärstande gehören, so

1) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 295; Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 123

2) § 1, II, 10 pr. ALR regelt unpersonal : "Militär- und Civilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen."
Da die Regelungen des pr. ALR lediglich rückschauend eine Rechtslage regeln, kann der nachfolgende § 2 als Relikt des Rechtszustandes unter Friedrich Wilhelm I. verstanden werden :
"Sie sind außer den allgemeinen Unterthanenpflichten dem Oberhaupte des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig."

§ 13, II, 10 pr. ALR lautet demgegenüber wieder unpersonal : "Ein Jeder ist nach der Beschaffenheit seines Amtes und nach dem Inhalte seiner Instruktion dem Staate noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugethan."

ist auch diesem Gesetzbuch die Unterscheidung von Amtswaltern öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Pflichtenbindung unbekannt[1]. Es ist daher begriffsmäßig ungenau, den Titel 10 des Teils II des pr. ALR als eine Regelung des Beamtenrechts zu bezeichnen[2]. Vielmehr handelt es sich um eine Kodifizierung des gesamten Dienstrechts der Amtswalter[3], das schon durch seine Bezeichnung der Amtswalter in seiner Überschrift als "Staatsdiener" vom Wortlaut her nicht einseitig auf Staatsbeamte festgelegt werden darf[4].

Andernfalls hätte es nicht der am 10. und 21.7.1810 in den preußischen Reskripten[5] ergehenden Ausnahmeregelung bedurft, nach denen fortan die auf Grund privatrechtlicher Rechtsverhältnisse beschäftigten Staatsbediensteten nicht in die Regelungen des pr. ALR einbezogen werden sollten. Das Dienstverhältnis von Staatsangestellten wurde dadurch aber noch nicht

1) Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band II, S. 22; Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 82

2) So z.B. Hartfiel, Sedatis, Claessens, Beamte und Angestellte in der Verwaltungspyramide, S. 183

3) Wacke, Aussprache über das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL, Heft 15, S. 207

4) Rein öffentlich-rechtliche Regelungen wie z.B. die berühmte polizeiliche Ermächtigung in § 10, II, 17 bilden im ALR die Ausnahme und müssen daher sorgfältig auf ihren Rechtscharakter hin geprüft werden

5) Zitiert in Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 82, der hieraus allerdings nur die Sonderstellung der privatrechtlichen Staatsbediensteten, nicht aber konsoquenterweise die Ausschließung dieser Rechtsverhältnisse aus der Regelung des pr. ALR folgert

geschaffen. Die genannten preußischen Reskripte[1] sprechen nur denjenigen Personen die Eigenschaft "öffentlicher Offizianten" ab, die ihrer Tätigkeit nach den "Tagelöhnern" gleichgestellt wurden, also z. B. die Botenläufer, Aktenhefter und Stubenheizer. Hierbei handelte es sich um einen Personenkreis, der mit der Ausführung bloß mechanischer Dienstleistungen betraut war. Daher kann in dieser parallel zum Recht der Staatsbediensteten verlaufenden Rechtsentwicklung allenfalls das Entstehen eines Rechts der Staatsarbeiter gesehen werden.

Eine völlige Trennung beider Dienstrechte tritt jedoch schon deshalb nicht ein, weil durch ausdrücklichen Hoheitsakt die Übernahme des dem Tagelöhner gleichgestellten Staatsbediensteten in das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis möglich ist[2]. Dennoch besteht zu der von der Mitte des 18. Jahrhunderts ab vollzogenen Umwandlung der privatrechtlichen in öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse der Staatsbediensteten ein grundlegender Unterschied. Durch die verschiedenen Funktionen der Amtswalter beider Dienstverhältnisse sind die ihnen obliegenden Dienst- und Treuepflichten kaum noch miteinander vergleichbar. Insbesondere ist ohne Veränderung ihres Inhalts eine Übertragung der im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staate bestehenden Treuebindungen auf das mit dem Staate als Arbeitgeber begründete privatrechtliche Dienstverhältnis als dem umgekehrten Fall der Rechtsent-

1) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 82

2) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 82

wicklung im 18. Jahrhundert nicht mehr möglich. Das Arbeitsverhältnis der Staatsarbeiter zu Beginn des 19. Jahrhunderts, dem die Verrichtung untergeordneter Tätigkeiten zufällt, ist somit ein aliud zum Beamtenverhältnis[1].

Erst auf diese deutliche Trennung beider Dienstverhältnisse ist es möglicherweise zurückzuführen, daß Anfang des 19. Jahrhunderts eine auf das beamtenähnliche Staatsdienerverhältnis zugeschnittene Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis entstehen konnte[2]. Die Konstruktion dieses besonderen Gewaltverhältnisses als eines freiwillig, und zwar durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses[3] zeigt jedoch eine weitgehende gedankliche Übereinstimmung mit dem uneigennützigen Amtswalter unter Friedrich Wilhelm I. als Privatangestellten des Fürsten. Die Trennung zwischen dem Beamtentum und dem Arbeitsverhältnis der Staatsbediensteten kann hier ausschließlich vom wahrzunehmenden Aufgabenbereich her gezogen werden.

Die Geschichte eines spezifischen Dienstrechts der Staatsangestellten beginnt erst am Ende des letzten Jahrhunderts.
Als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die

1) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 598; Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 82 spricht lediglich von einer "Sonderstellung" dieser Staatsbediensteten

2) Abelein, Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis, ZfP 1967, 313 ff.

3) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 433

privaten Eisenbahnen in die staatliche Verwaltung übergingen, wurde gleichzeitig eine große Anzahl der bei diesen Eisenbahngesellschaften Beschäftigten, ohne zu Beamten ernannt zu werden, in den Staatsdienst übernommen[1]. Nur wenige technische Bedienstete wurden von dem für die Eisenbahn zuständigen Minister zu Beamten ernannt[2] und in der Regel auch vereidigt. Ihnen sollten nur die wichtigsten Funktionen vorbehalten bleiben. Charakteristisches Merkmal ihrer Beamteneigenschaft war das grundsätzliche Bestehen des Dienstverhältnisses auf Lebenszeit.

Gleichwohl wurden in der Praxis am Ende des letzten Jahrhunderts alle in den Staatsdienst übernommenen Personen in Übereinstimmung mit der Terminologie des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 einheitlich als Beamte bezeichnet. Die Staatsverwaltung kannte als Alternative zu den Beamten nur die in den Reskripten von 1810 bezeichneten Gruppen, in die sie später im sechsten Jahrzehnt des Jahrhunderts die für die Eisenbahn oft qualifiziert ausgebildeten Staatsbediensteten schlechterdings nicht einordnen konnte[3]. Durch die Anstellung eines Teils

1) Baumann, Deutsches Verkehrsbuch, S. 576; Hintze, Der Beamtenstand, S. 65 ff.; Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 593 ff.; Wacke, in : Die Verwaltung, S. 2

2) Weisbart, Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, VerwArch 26, 408; Görg, Das Recht der kommunalen Angestellten und Arbeiter, S. 98

3) Lotz, Geschichte des Deutschen Beamtentums, S. 598; Weisbart, Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, VerwArch 26, 409

der Amtswalter auf Lebenszeit und durch die grundsätzliche Unkündbarkeit ihres Dienstverhältnisses erfolgte aber eine deutliche Trennung beider Dienstverhältnisse[1]. Das nicht auf Lebenszeit eingegangene Dienstverhältnis stand zunächst den in den genannten[2] preußischen Reskripten aufgeführten Rechtsbeziehungen durch die von ihm versehenen Tätigkeiten gleich, so daß es nach heutiger rechtlicher Würdigung als auf einem bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag beruhend anzusehen ist.

Andererseits unterschied sich dieses Rechtsverhältnis von den in den Reskripten erfaßten Tagelöhnertätigkeiten dadurch, daß die Tätigkeiten der auf Grund eines Privatdienstvertrages beschäftigten Staatsbediensteten wesentlich mit den von Beamten ausgeführten Tätigkeiten übereinstimmen konnten. Nur die Rechtsnatur dieses Dienstvertrages ist das qualifizierende Kriterium. Dem gleichsam öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis der damaligen Beamten im materiellen Sinne[3] entsprach also anfangs noch kein Dienstverhältnis, das durch einen Vertrag gleich dem unter Privatleuten gebräuchlichen gekennzeichnet, demnach gemäß heutiger Auffassung privatrechtlich, aber andererseits durch die Innehabung eines öffent-

1) Vgl. Weisbart, Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, VerwArch 26, 405; Görg, Das Recht der kommunalen Angestellten und Arbeiter, S. 98

2) s. o. S. 15

3) Möller, Begriff und Wesen des Beamten im formellen und materiellen Sinn, in : Beamtenjahrbuch 1929, S. 366 ff.

lichen Amtes und die Art der Tätigkeit geprägt war. Es gab also keine "besondere Pflichtenbindung eines privatrechtlichen Sonderverhältnisses"[1] der auf Grund Privatdienstvertrages bei der staatlichen Eisenbahn Beschäftigten.

Durch eine entsprechende Gestaltung der Anstellungsverträge wurden aber allmählich wichtige Grundsätze der für die eigentlichen Beamten[2] geltenden Pflichtenbindungen in die privatrechtlichen Dienstverhältnisse übernommen[3]. Durch diese Schaffung einer privatrechtlichen Treuepflicht für die Privatbediensteten der Staatseisenbahn unterschied sich deren Rechtsverhältnis von dem nicht mit besonderen Pflichten versehenen, bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag der vom Staate beschäftigten Tagelöhner. Das Dienstverhältnis der Angestellten des Staates verlangte allgemein jetzt eine treue und gewissenhafte Verrichtung der übertragenen staatlichen Aufgaben.

Durch diese Ausdehnung von Treuepflichten auf die nicht zu Beamten im eigentlichen Sinne ernannten Staatsbediensteten konnte gegen Ende des 19. Jahrhunderts das Dienstrecht der Staatsangestellten und Beamten von anderen mit dem Staate seitens Privatpersonen begründeten Dienstleistungsverhältnissen unter-

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 118 I b

2) Zur Terminologie s. Weisbart, Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, VerwArch 26, 405

3) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 83

schieden werden. Während also im 18. Jahrhundert das privatrechtliche "Staatsdienertum" in ein öffentlich-rechtliches beamtenähnliches Amtswalterverhältnis ohne wesentliche Änderungen des Inhalts der sich aus dem Amt ergebenden Pflichtenbindungen umschlagen konnte, entstand dagegen im 19. Jahrhundert neben öffentlich-rechtlichen, grundsätzlich auf Lebenszeit bestehenden Beamtenverhältnis, in dem nach den in der Einleitung dieser Untersuchung genannten beamtenrechtlichen Bestimmungen das Berufsbeamtentum auch heute lebt, ein zunächst auf rein zivilrechtlicher Grundlage beruhendes Rechtsverhältnis der Staatsbediensteten, das sich in seinem Aufgabenbereich zunächst von dem der Arbeiter und Tagelöhner nicht wesentlich unterschied.

Die im preußischen Allgemeinen Landrecht nach öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Dienstverhältnis nicht differenzierende Regelung, die insoweit nur einen bereits vergangenen Rechtszustand wiederspiegelt, stand dieser Entwicklung nicht im Wege.

Daher war es möglich, ohne besondere Rechtsgrundlage im Jahre 1890 einem auf Privatdienstvertrag beschäftigten Staatsangestellten durch Handschlag zur Treue und Amtsverschwiegenheit zu verpflichten[1]. Erst in einem Beamtengesetz, nämlich in § 1 des preußischen Kommunalbeamtengesetz vom 30.7.1899[2] wurde die Möglichkeit der Einstellung von Staatsange-

1) RGZ 108, 415

2) GS S. 141; Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 82; Görg, Das Recht der kommunalen Angestellten und Arbeiter, S. 98

stellten für die Gemeinden gesetzlich anerkannt. Im Jahre 1911 wurde unter eingehender Begründung des Vorliegens einer Rechtsgrundlage ein auf Privatdienstvertrag angestellter städtischer Schlachthofdirektor nach dem Disziplinargesetz vom 21. Juli 1852 bestraft, dem er sich vertragsgemäß unterworfen hatte[1]. Das erkennende Gericht betonte aber, daß dieses für das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis geltende Gesetz bei Anwendung auf Staatsangestellte, die sich ihm freiwillig unterworfen hatten, nur zur Verhängung einer Vertragsstrafe, nicht aber in Ausübung hoheitlicher Gewalt angewandt werden dürfe. Trotz Anwendung beamtenrechtlicher Grundsätze auf das Rechtsverhältnis der Staatsangestellten ließ das Gericht also das privatrechtliche Dienstverhältnis selbst unberührt. Die Geltung der beamtenrechtlichen Pflichtenbindung für Staatsangestellte war jetzt von der Konstruktion einer entsprechenden Rechtsgrundlage abhängig und damit das Beamtenrecht auf Staatsangestellte nicht mehr ohne besonderen Verpflichtungstatbestand anwendbar.

Die Bedeutung der nichtbeamteten Dienstkräfte für die verschiedenen Verwaltungszweige war bis zum ersten Weltkrieg gering, dennoch war mit der Ausdehnung der staatlichen Verwaltung stetig die Zahl der bei ihr beschäftigten Angestellten gestiegen. Ihr Anteil gegenüber dem der Beamten hatte gerade wegen der für den Staat günstigeren, grundsätzlich nicht lebenslangen Anstellungsbedingungen, also aus fiskalischen Gründen, ständig zugenommen.

1) pr. OVG 65, 434

Durch den ersten Weltkrieg wurde diese Entwicklung noch beschleunigt[1]. Während der Kriegs- und Nachkriegszeiten waren die Verwaltungsaufgaben sprunghaft angewachsen, die Zahl der für sie eingesetzten Beamten durch Kriegsdienst aber vermindert. Viele Angestellte wurden zunächst für die vorübergehende Wahrnehmung dieser und weiterer kriegsbedingter Aufgaben, wie etwa die Lebensmittelbewirtschaftung, angestellt. Nach Beendigung des Krieges konnte das inzwischen entstandene Heer von Angestellten nicht ohne weiteres entlassen werden, auch nicht diejenigen Personen, deren Aufgaben, für die sie angestellt waren, sich nach dem Kriege erledigt hatten.

An die Stelle der weggefallenen kriegsbedingten Aufgaben traten außerdem nach und nach die durch wirtschaftliche Depression und soziale Notlagen nach dem ersten Weltkrieg hervorgerufenen Probleme, nämlich unter anderem die Rohstoffbewirtschaftung, die Wohnungs- und Arbeitsplatzbeschaffung, sowie Fürsorge für Kriegsgeschädigte. Hier konnte, wenn überhaupt jemand, nur der Staat als umfassender Ordnungsfaktor Hilfe bringen. Die Aufgaben, die diese neuen Probleme stellten, führten wesentlich zu einer Ausweitung der daseinsvorsorgenden und sozialgestaltenden Verwaltung. In diesen Zeiten rascher Veränderungen und Ausweitungen des Verwaltungsapparates begünstigte das Planstellensystem die vorwiegende Verwendung von Angestellten, weil es hierdurch möglich war, Personal einzustellen, ohne daß dafür eine Planstelle geschaffen werden mußte.

1) Görg, Das Recht der kommunalen Angestellten und Arbeiter, S. 98

Auch mit dem Anwachsen der staatlichen und insbesondere der gemeindlichen Aufgabenquantität wurde ein aus allen möglichen Berufen und Herkunftsschichten stammendes Angestelltenpersonal in die öffentlichen Verwaltungen eingegliedert. Da die Aufgaben des öffentlichen Dienstes mit fortschreitender Entwicklung der industriellen Leistungsgesellschaft immer vielfältiger und umfangreicher wurden, bedurfte es zu ihrer bestmöglichen Bewältigung einer jederzeit neuen Aufgaben anpassungsfähigen Verwaltungsorganisation, für die das Staatsangestelltentum angesichts der vielfach errschenden Ungewißheit über Umfang und Qualität der neuen Aufgaben als besonders geeignet erschien[1]. Eine einheitliche tarifvertragliche Regelung des Dienstrechts der Staatsangestellten bestand jedoch noch nicht. Die Staatsangestellten wurden mittels privatrechtlicher Dienstverträge eingestellt, die jede Verwaltungsbehörde einzeln gestaltete, soweit sie nicht schon durch besondere Dienstanweisungen gebunden war.

Infolge ihrer steigenden Anzahl bildeten die Staatsangestellten eine eigenständige geschlossene Gruppe von Staatsbediensteten, für die erst jetzt der Begriff des Staatsangestellten entwickelt wurde[2]. Die genannte Vorschrift des § 1 pr. Kommunalbeamtengesetz vom 30. Juli 1899 hatte den Staatsangestellten eine gewisse Anerkennung als einer besonderen Gruppe öffentlicher Bediensteter gebracht. Diese Sonderstellung wurde weiter dadurch verstärkt, daß durch gesetzliche Regelung die Pflichtenbindung

1) Fischbach, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, DVBl. 1951, 524

2) Wacke, Die Rechtsstellung der kommunalen Dauerangestellten in Preußen, S. 1 ff.

der Staatsangestellten im Jahre 1917 auf Grund der noch heute geltenden Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen[1] der der Beamten angeglichen wurde.

Auf Grund der ständigen Zunahme der Bedeutung der im privaten Dienstvertrag tätigen Angestellten für verschiedenste Sparten der Verwaltung sah sich das Reich nach dem ersten Weltkrieg veranlaßt, weitere Einzelheiten des Rechts der Staatsangestellten nach dem Vorbild des Beamtenrechts zu regeln. Während die Anfang dieses Jahrhunderts in den Ländern und Gemeinden entstehenden zahllosen einzelnen Tarifverträge bedeutungslos waren, weil Gewerkschaftsmitglieder -nur für sie galten seinerzeit die von den Gewerkschaften erkämpften Verträge- nicht Staatsangestellte werden konnten[2], wurden im Jahre 1920 Tarifverträge des Reichs und Preußens für die Reichsangestellten und die preußischen Angestellten abgeschlossen[3]. In diesen Tarifverträgen ging es noch nicht um eine Normierung der Rechte und Pflichten der Staatsangestellten, sondern lediglich um die -damals allerdings ganz neuartige- Angleichung des Einkommens der Angestellten an die Gehälter der Beamten. Hierdurch sollte eine leistungsgerechte Entlohnung der Staatsangestellten gewährleistet werden.

1) RGBl. I S. 351

2) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 4, 5; ders., Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 83

3) Reichsteiltarifvertrag für die Angestellten der Unternehmungen und Verwaltungen des Reichs und Preußens vom 4.6.1920 und der dazugehörige Manteltarifvertrag vom 6.11.1920

Die Sonderstellung der Staatsangestellten, deren Dienstverhältnis dem Beamtenrecht immer mehr angeglichen wurde, wurde durch die ersten allgemeinen Staatsangestellten-Tarifverträge, nämlich durch den Reichsangestelltentarifvertrag (RAT) und Preußischen Angestelltentarifvertrag (PAT) vom 2.5. und 30.6.1924 weiterverstärkt. Eine grundsätzliche Ordnung der Rechtsstellung der Staatsangestellten ist aber auch durch diese Tarifverträge noch nicht erfolgt. Der RAT und der PAT hatten ihre besondere Bedeutung darin, für die in den Ländern und Gemeinden bestehenden zahllosen einzelnen Tarifverträge als Muster zu dienen. Die Pflichten und Rechte der Staatsangestellten wurden erst im Jahre 1938 durch drei Tarifordnungen entsprechend dem Beamtenrecht geregelt. Auf Grund der Ermächtigungsgrundlage des § 18 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben[1] erließ am 1.4.1938 der Reichstreuhänder der Arbeit in Form einer staatlichen Rechtsverordnung[2] drei bedeutende Tarifordnungen : die Allgemeine Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (ATO)[3], die allgemeine Vorschriften für die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst gemeinsam enthielt; die Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (TO.A)[4], die die Bestimmungen für Angestellte enthielt, und die die Bestimmungen für Arbeiter enthaltende Tarifordnung B für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (TO.B)[5]. Am 30.4.1938 wurde jeder dieser drei Tarif-

1) AOGö vom 23.3.1934. RGBl. I S. 220 ff.

2) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 8

3) veröffentlicht im RArbBl. 1938 VI 471

4) veröffentlicht im RArbBl. 1938 VI 475

5) veröffentlicht im RArbBl. 1938 VI 489

ordnungen eine Allgemeine Dienstordnung[1] hinzugefügt, die inhaltlich hauptsächlich die zulässigen Abweichungen von den Tarifordnungen regelten und Geltung für den gesamten öffentlichen Dienst hatten[2]. Weitere Dienstordnungen wurden in der Folgezeit auf Grund der Rechtsgrundlage der §§ 16, 17 AOGö erlassen. Neben diesen für den gesamten öffentlichen Dienst geltenden Allgemeinen Dienstordnungen gab es noch die mehrere Verwaltungszweige gemeinsam betreffenden Gemeinsamen Dienstordnungen sowie die für einen einzelnen Verwaltungszweig geltenden Besonderen Dienstordnungen. Bei den beiden zuletzt genannten Dienstordnungen handelte es sich aber um bloßes Satzungsrecht[3], das den Tarifordnungen und den Allgemeinen Dienstordnungen wegen ihres Charakters als Rechtsverordnungen rangmäßig nachsteht.

Es ist bemerkenswert, daß in der ATO eine weitgehende Annäherung der Pflichtenbindung der Staatsangestellten an die der Beamten erreicht wurde. Die in der ATO

1) RGBl. 1938 I S. 461, 476, 491

2) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 8

3) BAG E 4, 340 ff.; Wacke, in : Die Verwaltung, S. 8, 9; ders., Öffentliches Dienstrecht, S. 6
Für die Fortgeltung als Verordnung könnte aber sprechen, daß sie die dienstlichen Verhältnisse der Behördenangestellten und nicht nur Regelungen der eigenen Angelegenheiten der Behörde betrafen. Die Erörterung dieser Frage ist aber für den Fortgang der Untersuchung nicht erheblich.

verwandten Formulierungen der grundlegenden Pflichten der Staatsangestellten, nämlich der Pflichten der Treue, des Gehorsams, der Amtsverschwiegenheit und der Unbestechlichkeit haben zumeist sogar denselben Wortlaut wie die in dem damals geltenden Deutschen Beamtengesetz[1] enthaltenen entsprechenden Bestimmungen. Auch der Erlaß dieser Tarifordnungen durch eine staatliche Behörde, dem keine Tarifvereinbarung zwischen Staatsverwaltung und Gewerkschaft zugrunde liegen konnte, unterschied sich nach Aufhebung und Verbot der Gewerkschaften im Jahre 1933 nicht mehr grundsätzlich vom Zustandekommen der beamtenrechtlichen Gesetze.

Die ergangenen Rechtsverordnungen sollten aber nicht den Charakter des vom Beamtendienstverhältnis verschiedenen Dienstverhältnisses der Staatsangestellten, der auf einer privatrechtlichen Vereinbarung beruht, in Frage stellen, sondern nur die Einigung der Tarifvertragsparteien ersetzen.

Während der monarchische Staat, also um die Jahrhundertwende, die das Rechtsverhältnis der Staatsangestellten betreffenden Tarifverträge nicht zur Anwendung kommen ließ, weil er keine Gewerkschaftsmitglieder einstellte, erließ der nationalsozialistische Staat dreißig Jahre später von sich aus die Regelungen der Tarifordnungen sowie deren Ausgestaltung durch Dienstordnungen. Die Rechtsstellung der Staatsangestellten war ferner durch folgende Gesetze geregelt worden :

[1] Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937, RGBl. I S. 39

Das Erstattungsgesetz vom 18.4.1937[1] bezog ausdrücklich die Staatsangestellten in die Haftung der Staatsbediensteten ein. Durch §§ 32, 33 der Reichshaushaltsordnung[2] und §§ 92, 93 der Deutschen Gemeindeordnung[3] von 1935 wurde den Staatsangestellten diesselbe Haftung bei der Haushaltswirtschaft wie den Beamten auferlegt.
Während der Wortlaut des Art. 131 WRV im Gegensatz zu Art. 34 GG noch davon ausging, daß derjenige, der öffentliche Gewalt ausübe, Beamter sein müsse, führte die Tatsache, daß öffentliche Gewalt auch bei Staatsangestellten liegen kann, dahin, die Staatsangestellten haftungsrechtlich den Beamten gleichzustellen, wenn sie im konkreten Fall von einer zuständigen Stelle mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut worden waren[4].

Aus dem Wesen der angeführten haftungsrechtlichen Bestimmungen läßt sich erkennen, daß hier für den gesamten öffentlichen Dienst auf Grund der Betrauung seiner Angehörigen mit der Ausübung öffentlicher Gewalt eine übereinstimmende Regelung besteht. Auch für den strafrechtlichen Beamtenbegriff nach § 359 StGB ergibt sich die Gleichstellung von Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst aus der Betrauung mit öffentlichen Aufgaben[5].

1) RGBl. I S. 461

2) vom 31. Dezember 1922 (RGBl. 1923 II S. 17) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. April 1930 (RGBl. II S. 693)

3) DGO vom 30.1.1935 (RGBl. I S. 49)

4) s. hierzu die grundlegenden Entscheidungen in RGZ 105, 334; 114, 200; 118, 242

5) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 109 I d

II. Grundlegende Rechtsquellen für das Dienstrecht der Staatsangestellten

Trotz Aufhebung[1] der Rechtsgrundlage des AOGö im Jahre 1947 galten die genannten drei Tarifordnungen auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mit ihren Dienstordnungen sowie auch die von den Verwaltungsbehörden des Vereinigten Wirtschaftsgebietes inzwischen abgeschlossenen Tarifvereinbarungen gem. § 6 vorl. BPersG[2] und § 191 Ziff. 2 BBG alter Fassung [3] gem. § 74 Abs. I BAT[4] teilweise noch bis zum 31.3. 1961 bis zum Inkrafttreten neuer Tarifvereinbarungen für die Staatsangestellten weiter, sofern sie nicht den eingetretenen staatsrechtlichen Veränderungen widersprachen[5]. Auch ihr Charakter als Rechtsverordnung[6] blieb bis zum Abschluß neuer Tarifvereinbarungen bestehen. Während also nach dem Kriege die

1) durch Art. I des Gesetzes Nr. 56 des Allierten Kontrollrates Abl. 1947 Nr. 16 S. 96

2) Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen vom 17.5.1950, BGBl. S. 207

3) § 191 BBG i. d. F. vom 14.7.1953, BGBl. I S. 551

4) BAT vom 23.2.1961, Gem. Min. Bl., S. 138

5) Görg, Das Recht der kommunalen Angestellten und Arbeiter, S. 99; vgl. § 9 TVG; BAG E 4, 340 ff.

6) BAG E 4, 340 ff.

Gemeinsamen und Besonderen Dienstordnungen als Satzungsrecht fortgalten[1], galten die Tarifordnungen als Rechtsverordnung weiter.

Am 23. Februar 1961 wurden zwischen der Bundesrepublik Deutschland, der Tarifgemeinschaft Deutscher Länder, sowie der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr und der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft der Bundes - Angestelltentarifvertrag (BAT)[2] für die Staatsangestellten des Bundes, der Länder und Gemeinden nebst vielen einzelnen besonderen Tarifverträgen abgeschlossen. Daneben wurde eine große Anzahl allgemeiner, gemeinsamer und besonderer Dienstordnungen vereinbart[3].

Andererseits gibt es auch viele das Rechtsverhältnis der Staatsangestellten betreffende gesetzliche Regelungen, etwa das Bundespersonalvertretungsgesetz und die Landespersonalvertretungsgesetze, die genannte Bestechungsverordnung oder das aus dem Jahre 1937 fortgeltende Erstattungsgesetz. Schließlich sind noch ergänzend die §§ 611 ff. BGB, §§ 59 ff. HGB und das Kündigungsschutzgesetz vom 9. August 1960

1) s. o. S. 27

2) Vgl. Malz und Heilmann, in : Lexikon des öffentlichen Dienstes, S. 103

3) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 118 II b

als allgemeine privat- und öffentlich-rechtliche Vorschriften aufzuführen.

Die Zahl der bis heute für die Staatsangestellten geltenden Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge und Dienstordnungen ist unübersehbar. Da sie in den Grundlinien übereinstimmen, wäre der Versuch, sie hier aufzuführen, überflüssig und würde schon durch deren große Zahl den Rahmen der Darstellung überschreiten. Den Bemühungen[1] nach einer einheitlichen gesetzlichen Regelung des gesamten öffentlichen Dienstrechts oder zumindest des Rechts der Staatsangestellten, ähnlich dem inzwischen kodifizierten Beamtenrecht, stehen die Bestrebungen nach einer Einheitlichkeit des gesamten Arbeitsrechts[2] entgegen. Wegen dieser Rechtszersplitterung des hier behandelten besonderen Rechtsgebietes müssen grundsätzliche Beurteilungen aus zahlreichen Zusammenhängen und Einzelregelungen erschlossen werden[3].

Der Bundesangestelltentarifvertrag ist insofern eine einheitliche Regelung des Dienstrechts der Staatsangestellten, als er in der Form eines Manteltarifvertrages[4] grundsätzlich die gesamten Arbeitsbedingungen der von ihm erfaßten Angestellten

1) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 29; siehe den Entwurf eines Landesangestelltengesetzes für den Landtag in Düsseldorf; ferner Wacke, Rechtsgutachten für die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst

2) Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, S. 3 ff

3) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 29

4) Malz und Heilmann, in : Lexikon des öffentlichen Dienstes, S. 103

mit Ausnahme der Grundvergütungen und sonstiger Vergütungsbestandteile regelt. Der BAT ist in einen Hauptteil gegliedert, der für alle Angestellten des öffentlichen Dienstes gilt, und in eine große Anzahl von Sonderregelungen für bestimmte Gruppen von Angestellten. Bedeutsam für die vorliegende Studie sind die im Hauptteil des BAT enthaltenen Vorschriften über den Arbeitsvertrag und die allgemeinen Arbeitsbedingungen, die Rechte und Pflichtenstellung des Angestellten gegenüber dem Staat festlegen.

III. Die funktionale Stellung der Staatsangestellten

Während die Stellung der Staatsbediensteten unter Friedrich Wilhelm I. die eines Privatangestellten des Fürsten war, gestaltete sie sich durch den aufgeklärten Absolutismus infolge der Entpersönlichung des Herrschaftsbereiches "Staat" zu einem beamtenähnlichen Amtswalterverhältnis aus. Als am Ende des 19. Jahrhunderts die meisten der bei den bis dahin privaten Eisenbahnen Beschäftigten und qualifiziert Ausgebildeten als Staatsangestellte übernommen und nur die Inhaber der wichtigsten Funktionen zu Beamten ernannt wurden, richtete sich die Abgrenzung also nicht, wie heute von Art. 33 Abs. IV Grundgesetz gefordert, nach dem hoheitlichen Tätigkeitsbereich, sondern allgemein nach der Bedeutung der Funktion.

Eine derartige klare Trennungslinie läßt sich heute nicht mehr ziehen[1]. Nicht nur die Funktionen des einfachen, mittleren und gehobenen, sondern auch des höheren Dienstes überschneiden sich mit den von Staatsangestellten wahrgenommenen Aufgaben. Daher ist es bedenklich, die Rechtsstellung der Staatsangestellten als weniger "gewaltunterworfen" gegenüber derjenigen der Beamten zu definieren. Das würde voraussetzen, daß die Staatsangestellten grundsätzlich ein geringeres Maß an Verantwortung im öffentlichen Dienst zu tragen hätten als die Beamten.

Spätestens nach der dargestellten Entwicklung im ersten Weltkrieg ist eine solche These nicht mehr haltbar. Auch nach dem letzten Weltkrieg wurden vermeintliche vorübergehende Aufgaben wie etwa die Wiedergutmachung und die Kriegsfolgelasten Staatsangestellten übertragen[2]. Nicht wegen des Aufgabenbereichs, sondern wegen der Notwendigkeit der Schaffung einer entsprechenden Planstelle wurden keine Beamten verwendet. Es war also nicht das Maß der über die

1) Die Möglichkeit der Austauschbarkeit beider Dienstverhältnisse kommt sinnfällig in § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 7. April 1970 (GV NW S. 254) zum Ausdruck : "Auf Verlangen des Hochschullehrers kann an Stelle des Beamtenverhältnisses ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründet werden."

2) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 83

allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten hinaus verlangten Grundrechtsbindungen ausschlaggebend für die Art der wahrzunehmenden öffentlich-rechtlichen Tätigkeit, sondern die Zweckmäßigkeit. Das zeigt sich auch darin, daß bei der Wiedereingliederung früherer Beamter gem. Art. 131 GG diese zunächst oft als Angestellte, manchmal sogar in ihrer früheren Funktion beschäftigt wurden [1].

Obwohl also beide Gruppen von Staatsbediensteten ähnliche und häufig gleichartige Aufgaben erfüllen können, unterliegen sie einem verschiedenartigen Dienstrecht. Während das Dienstrecht der Staatsangestellten auf zahlreiche Rechtsquellen verteilt und ein sicherer Überblick darüber schwierig ist, ist das Dienstrecht der Beamten durch Gesetze geregelt. Diese Unterschiedlichkeit beider Dienstrechte war zur Zeit der Entstehung des Dienstrechts der Staatsangestellten, die etwa in die Zeit der Verstaatlichung der Eisenbahn gegen Ende des letzten Jahrhunderts datiert werden kann, von dem Gedanken getragen, nur die Träger der wichtigen Aufgaben müßten Beamte sein. Ferner spielte die Bedeutung der lebenslänglichen Dienstverpflichtung eine Rolle.

Diese Gründe für die Unterscheidung beider Dienstrechte sind heute nicht mehr voll vertretbar [2]. Wich-

1) Vgl. auch unten S. 99

2) Auch im Selbstverständnis des Durchschnittsbeamten dürfte wohl die selbstlose Pflichterfüllung nur um der Sache willen und unabhängig von der persönlichen Anerkennung immer seltener werden. Damit verblaßt auch der theoretische Unterschied zwischen schuldrechtlicher Vertragserfüllung und personenrechtlicher Untergebenheit.

tige Aufgaben und hoheitsrechtliche Befugnisse werden heute auch von Staatsangestellten wahrgenommen. Ihre im Steigen begriffene Anzahl überwiegt die der Beamten. Der Beamte kann daher nicht mehr als der maßgebende Typus des Amtswalters öffentlicher Verwaltung aufgefaßt werden. Eine besonders vorbildhafte Rechtsstellung gegenüber dem Angestellten kommt ihm nicht zu.

Es liegt nahe, beiden Gruppen von Staatsbediensteten die gleichen Rechte und Pflichten zu gewähren. Im Jahre 1955 lagen dem Landtag Nordrhein-Westfalen der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Dienstverhältnisse der Angestellten im öffentlichen Dienst[1] sowie ein dazugehöriges Rechtsgutachten[2] vor. Im Anklang, teilweise in wörtlicher Übereinstimmung mit dem Landesbeamtengesetz, legte der Gesetzentwurf die Pflichten und Rechte der Staatsangestellten dar und forderte für sie einen Stellenplan[3]. Es wurden unterschiedliche Pflichtenbindungen und Rechte daran geknüpft, je nachdem ob es sich um nach Tarif Beschäfte oder um Dauerangestellte handelte[4]. Schließlich wurden in einem Abschnitt des Entwurfs die Voraussetzungen der Übernahme in das Beamtenverhältnis bestimmt[5].

1) Landesangestelltengesetz (Entwurf) 1955

2) Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst

3) § 13 des Gesetzentwurfs (LAngG)

4) Vgl. Landesangestelltengesetz (Entwurf) §§ 14 ff. und 20 ff.

5) LAngG, Abschnitt V, §§ 34 - 38

Der Entwurf trug den Funktionen der Staatsangestellten Rechnung. Trotz der im wesentlichen mit dem Beamtenrecht übereinstimmenden Pflichtenbindung wird in § 12 Abs. II des Entwurfs daran festgehalten, das Dienstverhältnis durch Vertrag zu begründen. Die Anerkennung der Funktionen der Staatsangestellten kommt in den in § 34 des Entwurfs festgelegten Voraussetzungen für die Übernahme in das Beamtenverhältnis zum Ausdruck. Nach Abs. III dieser Vorschrift besteht sogar ein Anspruch auf Ernennung zum Beamten. Für Streitigkeiten dieser Art soll nach der Begründung des Entwurfs [1] nicht der Rechtsweg vor den Arbeitsgerichten, sondern der Verwaltungsrechtsweg gegeben sein.

Der Entwurf wies auf, daß für die Regelung der Pflichtenbindung der Staatsangestellten eine den Gesetzen der Tarifautonomie unterliegende Vereinbarung fragwürdig sei. Den Verhandlungen und deren Ergebnissen dürfe nur die Lohnpolitik und die Festsetzung der Arbeitsbedingungen vorbehalten bleiben[2].

Die Gründe des Scheiterns dieses Gesetzes liegen weniger in dem Problem der Zuständigkeit des Landtags für die gesetzliche Festlegung der faktisch ohnehin bestehenden Pflichtenbindung der Staatsangestellten[3], als vielmehr darin, daß die Hervorhebung der beamtenähnlichen Pflichtenstellung der Forderung materieller

1) S. 16 der Begründung des Entwurfs

2) S. 11 der Begründung des Entwurfs

3) Wacke, Rechtsgutachten, S. 14 - 16

Gleichstellung mit den Beamten Nachdruck verleihen sollte. Nachdem dieses Ziel der Lohnpolitik heute erreicht ist, ist das Problem der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung der Staatsangestellten im Verhältnis zu den Maßstäben des besonderen Gewaltverhältnisses politisch nicht mehr von Interesse.

Z W E I T E R T E I L

Der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten

1. A b s c h n i t t

Die Bedeutung des Grundgesetzes für das Dienstrecht der Staatsangestellten

I. Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse gemäß Art. 33 Abs. IV GG

1. Der Begriff des Dienstverhältnisses und des öffentlichen Dienstes

a) Das Dienstverhältnis

Der Begriff des Dienstverhältnisses hat im folgenden die Bedeutung eines ständigen und gegenseitigen Rechtsverhältnisses, welches zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einem Staatsbediensteten als Amtswalter besteht[1]. Es gibt solche Dienstverhältnisse bei dem Bund, den Ländern, den Gemeinden, den Anstalten sowie den Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Die genannten Behörden müssen nicht hoheitlich im Sinne der Eingriffsverwaltung tätig werden, aber doch kraft öffentlichen Rechts handeln, und zwar in der

1) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VI; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 105 I a; vgl. ferner §§ 121, 133, 135 BRRG

Weise, daß der Dienst im staatlichen Bereich direkt oder indirekt der Öffentlichkeit geleistet wird. Die kirchlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts dürfen, da sie nicht im staatlichen Bereich der Öffentlichkeit dienen, als Gegenstand der Untersuchung ausscheiden. Demgemäß finden gemäß § 135 BRRG und gemäß §§ 1, 2 BAT die Beamtengesetze und der BAT auf kirchliche Körperschaften des öffentlichen Rechts und ihre Verbände, die nicht Bestandteile der staatlichen Organisation sind, keine Anwendung[1]. Ihr Dienstrecht nimmt jedoch teilweise auf diese Regelung Bezug.

Der Begriff des Dienstverhältnisses im weiteren Sinn kann wegen seines Umfangs auf die Beamten und Angestellten gleichermaßen bezogen werden. Wie hier gezeigt werden soll, ist zu fragen, ob die im öffentlichen Dienst bislang gehandhabte Unterscheidung zwischen dem Dienstverhältnis im Sinne eines auf Leistungsaustausch gerichteten Vertrages einerseits und dem Rechtsverhältnis der Beamten andererseits nicht inzwischen überholt ist[2]. Da die Gründe für eine Trennung beider Dienstverhältnisse historischer Natur sind, kann auch nicht vom Wortsinn her der Begriff des Angestellten auf den formalen Bezug der Anstellung, der Begriff des Beamten mehr auf den formellen und materiellen Bezug der Innehabung eines Amtes festgelegt werden.

1) Vgl. statt aller Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 38

2) Zur generellen Abgrenzung s. u. S.73 ff.

Nicht wesentlich für das Dienstverhältnis der Staatsbediensteten sind der privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Charakter und auch nicht die Art der Dienstleistung. Entscheidend ist nur das zwischen den genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts und einem Staatsbediensteten bestehende Rechtsverhältnis, das dazu dient, die Funktionen dieser Behörde zu erfüllen [1].

Das Dienstverhältnis kann sowohl im besonderen Gewaltverhältnis als auch im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages bestehen. In dem privatrechtlichen Gewaltverhältnis [2] zwischen einem Staatsangestellten und einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist Voraussetzung schon für sein Zustandekommen, daß die Behörde nicht lediglich schuldrechtlicher Vertragspartner ist. Weiterhin muß der Dienstnehmer berufsmäßig in den behördlichen Bereich eingegliedert sein. Eine solche berufsmäßige Eingliederung ist gegeben, wenn eine dienstrechtliche und hauptberufliche Dauerbeziehung zwischen einer Einzelperson, die ihre ganze Arbeitskraft einem Dienstherrn zur Verfügung stellt, und einem öffentlichen Verband als Dienstherrn besteht, auf Grund dessen der einzelne öffentliche Bedienstete dem Dienstherrn zur Besorgung von Dienstgeschäften, zu besonderer Treue und besonderem Gehorsam verpflichtet ist [3]. Durch dieses Merkmal

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 105 I a ; v. Münch, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 210 ; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 88

2) Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, S. 50

3) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 24 ; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 28 I 2 e ; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 355

werden die bloß staatlich gebundenen Berufe [1] wie die der Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Bezirksschornsteinfeger, Hebammen usw., aus dem Bereich des Dienstverhältnisses abgesondert [2]. Denn bei diesen Berufen wird deren Verhalten nicht dem Staate oder einem anderen Träger staatlicher oder hoheitlicher Gewalt zugerechnet. Demzufolge ist die Meinung [3], die in diesen Berufen einen fließenden Übergang zu einem Dienstverhältnis annimmt, trotz der vorhandenen öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht dahin zu verstehen, daß hier ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis besteht [4].

b. Der Begriff des öffentlichen Dienstes

Der Begriff des öffentlichen Dienstes bezeichnet in dem oben dargestellten Sinne einer berufsmäßigen Eingliederung die Gesamtheit der hauptberuflich tätigen Staatsbediensteten im staatlichen oder

1) Vgl. BVerfG E 7, 398. Die staatliche Gebundenheit eines Berufs kommt in dem Spannungsfeld zwischen der Freiheit des in privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit geführten Berufs und der gleichzeitigen Gebundenheit dieses Berufs, ohne daß der Berufsausübende Organ oder Beliehener der staatlichen Organisation ist, an die Verwirklichung staatlicher Zwecke und Aufgaben zum Ausdruck

2) Vgl. z. B. das Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22. 1. 1952, BGBl. I S. 75

3) BVerfG E 7, 377 ; BVerwG, in : DÖV 1960, 148

4) Vgl. Möller, Begriff und Wesen des Beamten im formellen und materiellen Sinn, S. 340

gemeindlichen Dienste [1]. Dienstherr ist also nicht nur der Staat. Der Begriff des Staatsdienstes ist daher von seinem Wortlaut her zu eng und würde, wörtlich verstanden, außer dem staatlichen und kommunalen Bereich nicht den Dienst in den Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts erfassen. Das ist jedoch mit dieser Bezeichnung nicht gemeint, sie wird seit etwa einhundert Jahren in einem weiteren Sinne verstanden. Zu den öffentlich Bediensteten zählt daher das gesamte Personal aller juristischen Personen des öffentlichen Rechts in Bund und Ländern [2]. Das Beamtenrecht und das Recht der Staatsangestellten sind demnach, da der öffentliche Dienst noch das Recht der Arbeiter des öffentlichen Dienstes umfaßt, Teilbereiche des öffentlichen Dienstes [3].

1) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VI ; Gröbing, Zum Begriff des öffentlichen Dienstes, Arb. u. R. 1959, 225

2) Ule, in : Die Grundrechte, S. 545

3) Gerber, Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner GG, DVBl. 1951, 429 f.; Denecke, Zum Begriff und Wesen des öffentlichen Dienstes, RdA 1955, 403 ; Fischbach, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Dienstes, DÖV 1955, 710 ; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 28 ff. und 110 ff. ; Schüle, in : Festschrift für Richard Thoma, S. 231 ; BAG E 5, 264

Denecke [1] meint, unter Zugrundelegung der historischen Entwicklung gehöre wesensmäßig zum öffent-

[1] Denecke, Zum Begriff und Wesen des öffentlichen Dienstes, RdA 1955, 202 ; ähnlich Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 47 bis 49, der wie Denecke im Ergebnis die frühere Definition des § 1 AOGö für richtig hält.
§ 1 AOGö lautet :

(1) Oeffentliche Verwaltungen und Betriebe im Sinn dieses Gesetzes und des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 (Reichsgesetzbl. I S. 45) sind
a) die Verwaltungen des Reichs, der Länder, der Gemeinden (Gemeindeverbände), der sonstigen Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, sowie der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft, des Unternehmens "Reichsautobahnen" und der Reichsbank,
b) Betriebe, die von einer dieser Verwaltungen geführt werden und der allgemeinen Dienstaufsicht einer öffentlichen Verwaltung unterliegen ; soweit sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen, gelten sie jedoch als öffentliche Betriebe nur dann, wenn die Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse, der sie dienen, durch Gesetz oder tatsächliche Übung der öffentlichen Hand ganz oder überwiegend vorbehalten ist,
c) Betriebe mit eigener Rechtspersönlichkeit, wenn eine oder mehrere der unter a) bezeichneten öffentlichen Verwaltungen am Kapital mit mehr als der Hälfte unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind (gemein- oder gemischtwirtschaftliche Betriebe) oder durch Stimmenmehrheit in Organen oder sonst entscheidenden Einfluß auf die Leitung der Betriebe ausüben.
Soweit solche Betriebe wirtschaftliche Zwecke verfolgen, gelten sie als öffentliche Betriebe nur unter der unter b), zweiter Halbsatz, genannten Voraussetzung.

(2) In Zweifelsfällen bestimmt der Reichsarbeitsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Finanzen, dem Reichsminister des Innern und dem etwa sonst zuständigen Reichsminister, welche Betriebe zu den öffentlichen Betrieben im Sinne des Abs. 1 gehören.

lichen Dienst die gemeinnützige Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Bei staatlichen und gemeindlichen Betrieben sei daher unerheblich, ob Inhaber des Betriebes eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder eine zivilrechtliche Gesellschaft sei, deren Kapital zur Mehrheit in öffentlicher Hand ist. Dieser Umstand habe lediglich etatrechtliche und finanztechnische Bedeutung. Denecke rechnet daher sogar die bloß staatlich gebundenen Berufe zum öffentlichen Dienst. Dieser Auffassung kann aus den genannten Gründen nicht gefolgt werden [1]. Die Bindungen der staatlich gebundenen Berufe an die Verwirklichung staatlicher Zwecke und Aufgaben unterscheiden sich, wie oben dargestellt, grundsätzlich von denen der Beamten und Staatsangestellten dadurch, daß sie außerhalb eines Dienstver-

[1] Vgl. BAG, in: DÖV 1960, 349. Dort wird ausgeführt, daß öffentlicher Dienst nur dann vorliege, wenn ein öffentlich-rechtlicher Dienstherr vorhanden ist. Das BAG stellt fest, daß "die Beschäftigten der Wirtschaftsbetriebe der Kommunen, die von diesen selbst, wenn auch von den eigentlichen Verwaltungen getrennt geführt werden (sogen. Regiebetriebe)," zum öffentlichen Dienst gehören, "da sie einen öffentlich-rechtlichen Dienstherrn, die Gemeinde selbst, haben. Bei den privatrechtlich organisierten Wirtschaftsgesellschaften der Gemeinden (sogen. Eigengesellschaften) dagegen fehlt es gerade wegen dieser Rechtsform auch dann, wenn die Gemeinde das Gesellschaftskapital ganz oder überwiegend in der Hand hatte, an dieser öffentlich-rechtlichen Dienstherreneigenschaft ... Es können auch die Fälle keine Berücksichtigung finden, in denen zwischen der Kommune und ihrer rechtlich selbständigen Wirtschaftsgesellschaft infolge einer tatsächlichen Gestaltung eine so enge Verbindung besteht, daß die Gesellschaft praktisch nur einen unselbständigen Teil der Gemeinde selbst bildet ...

Bei der Vielfalt der Erscheinungsformen, in denen die Gemeinden ihre Aufgaben unmittelbar oder mittelbar erfüllen, bietet der Gesichtspunkt der D a s e i n s v o r s o r g e keinerlei sichere Abgrenzung ... "

hältnisses im oben definierten Sinne bestehen. Trotz der insbesondere von Forsthoff [1] angeführten Übereinstimmungen der als öffentlich-rechlich bezeichneten Bindungen staatlich gebundener Berufe mit einem besonderen Gewaltverhältnis handelt es sich hierbei nicht um einen öffentlichen Dienst, weil kein Dienstverhältnis zum Staate gegeben ist und dieser auch nicht als Dienstherr fungiert [2].

Bei der personal- und betriebsrechtlichen Seite des Dienstverhältnisses wird im BetrVG und BPersVertrG nicht zwischen Verwaltung und Betrieb unterschieden. Beide sind grundsätzlich gleichgestellt [3]. Die Grenze bestimmt sich ausschließlich nach der Rechtsform der Verwaltung oder des Betriebes; der Zweck ist unerheblich. Gehört also ein Betrieb materiell der öffentlichen Hand, so untersteht er dem BetrVG, wenn er die Form einer juristischen Person des Privatrechts hat [4].

Entscheidend für den Begriff des öffentlichen Dienstes ist somit, daß der Staatsbedienstete Aufgaben und Funktionen der genannten juristischen Personen des

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 130

2) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 45

3) Fitting-Kraegeloh, BetrVG, § 88 Anm. 7; Galperin, BetrVG, § 88 Anm. 1 und 2

4) BAG, in : DÖV 1960, 349; BAG E 6, 45

öffentlichen Rechts wahrnimmt, die mit öffentlicher Gewalt ausgestattet sind. Unwesentlich ist dagegen, ob es sich um Aufgaben öffentlich-rechtlicher Art handelt [1]. Der formelle Gesichtspunkt eines Anstellungsverhältnisses zu einer öffentlichen Körperschaft gibt somit den Ausschlag [2]. Mit Pfennig [3] ist daher der Begriff des öffentlichen Dienstes wie folgt zu kennzeichnen :
"Öffentlicher Dienst ist dasjenige berufliche Rechtsverhältnis, in dem jemand einer juristischen Person des öffentlichen Rechts unter Eingliederung in ihre Organisation zur selbständigen Leistung von Diensten verpflichtet ist."

Dieser Definition entspricht der Begriff des öffentlichen Dienstes nach Art. 33 Abs. IV GG. In Art. 33 Abs. IV GG ist von Angehörigen des öffentlichen Dienstes die Rede, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen und denen in der Regel als ständige Aufgabe die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zu übertragen ist. Hierbei ist zu Recht anerkannt [4], daß der Begriff der

1) Vgl. BGH, in : NJW 1968, 839; Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, S. 41 und 43; Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 6

2) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 6

3) Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, S. 63

4) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Abs. IV Rn. 39 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 1; a.A. Wacke, in : Neues Beamtentum, Band 10, S. 165, 182 mit Blickrichtung auf Art. 33 Abs. V GG und Pieck, Beamtenähnliche öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, DÖV, 1966, 217 ff.

Angehörigen des öffentlichen Dienstes als Oberbegriff sowohl Staatsangestellte als auch Beamte umfaßt und mit der Einschränkung solcher "Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen", nur die Berufsbeamten [1] gemeint sind. Die Rechtsfolge dieser Vorschrift gilt nur für Beamte, wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt [2]. Das ursprünglich statt "Angehörige des öffentlichen Dienstes" verwandte Wort "Berufsbeamte" hatte der Allgemeine Redaktionsausschuß aus sprachlichen Gründen geändert, um den Pleonasmus der "Berufsbeamten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis" stehen, zu vermeiden [3].

c. Der Begriff des Staatsbediensteten

Unter dem in dieser Studie verwandten Begriff der Staatsbediensteten sollen als Oberbegriff alle die-

1) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Abs. IV Rn. 39; Bonner Kommentar GG, Art. 33 Anm. 7; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 42; Ule, in : Die Grundrechte, S. 571

2) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VI II 2; Leibholz-Rinck, GG, Art. 33 Rn. 4

3) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 4; Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, S. 43; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VI 2; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 57; a.A. Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 165 und 182

jenigen Personen verstanden werden, die einer juristischen Person des öffentlichen Rechts unter Eingliederung in ihre Organisation zur ständigen Leistung von Diensten verpflichtet sind; es sind damit sowohl die Beamten als auch die Staatsangestellten gemeint [1].

2. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. IV GG

a. Die Forderung der Verteilung der Aufgabenbereiche

Gemäß Art. 33 Abs. IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Nach dieser Forderung des Grundgesetzes muß also die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Angestellte des öffentlichen Dienstes auf Ausnahme beschränkt sein. Die entgegengesetzte Übung, Staatsangestellten die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zu übertragen, ist mit diesem Artikel der Verfassung nicht vereinbar [2]. Den Staatsangestellten sollen leitende Funktionen in der öffentlichen Verwaltung nicht vorenthalten werden, sofern diese in einer

1) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 4; Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, S. 43; vgl. § 3 BPersVertrG und § 3 LPVG

2) BVerfG E 9, 284; 17, 377 ff.; Leibholz-Rinck, GG, Art. 33 Rn. 3

den Hoheitsakt lediglich vorbereitenden und in einer mitwirkenden, beratenden oder begutachtenden Tätigkeit bestehen, die nicht im Überordnungsverhältnis nach außen dem einzelnen Bürger gegenüber vollzogen werden [1].

b. Die Verwirklichung der Forderung des Art. 33 Abs. IV GG

Der Funktionsgarantie des Art. 33 Abs. IV GG für das Berufsbeamtentum und der daraus resultierenden Begrenzung des Aufgabenbereichs stehen praktische und rechtliche Abgrenzungsschwierigkeiten entgegen. Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse kann nicht für jeden Einzelfall mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden [2]. Da die Aufgaben des öffentlichen Dienstes zeitbedingt sind und sich also ständig ändern [3], kann auch der Bestand der hoheitsrechtlichen Befugnisse nicht konkret in erschöpfender Aufzählung festgelegt werden. Die Funktionsgarantie ist auch insofern schwach, als nicht geregelt ist, welche Funktionsverteilung in der nichthoheitlichen Verwaltung stattzufinden hat.

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 III b

2) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 VII 1

3) Forsthoff, Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. 5 GG, DÖV 1951, 461; W. Otto, Der Beamte als Träger der Staatshoheit, ZBR 1956, 242

Diese Frage ist umso bedeutsamer, als die nicht-hoheitliche, sogenannte daseinsvorsorgende Verwaltung gegenüber der im 19. Jahrhundert vorherrschenden Eingriffsverwaltung seit dem ersten Weltkrieg immer mehr an Bedeutung gewonnen, der Rechtsstaat sich zum modernen Verteilungsstaat weitergebildet hat [1] und die Leistungsverwaltung heute sogar als die typische Form der Verwaltung bezeichnet werden kann [2].

Hoheitliches Handeln ist aber nur der Eingriffsverwaltung eigentümlich. Durch die Ausweitung der Daseinsvorsorge können die hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Funktionen der Staatsbediensteten in der Praxis nicht getrennt werden und müssen häufig auch in der Zuständigkeit ein und desselben Amts und damit oft auch bei einer Person als Amtswalter zugleich liegen. Dieses Auseinanderklaffen zwischen Verfassungsforderung und Lebenswirklichkeit kann auf den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. IV GG nicht ohne Einfluß bleiben. Das öffentliche Dienstrecht, welches Beamtenrecht und das Recht der Staatsan-

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 38

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1; ders. Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. V GG, DÖV 1951, 460; E. Becker, in : VVDStRL, Heft 14, S. 109; Neeße, in : Weber-Baring-Neeße, S. 48 und 58 ff.; Kirchhoff, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des GG, S. 29

gestellten umfaßt [1], kann nicht losgelöst von dem organisatorisch bestehenden Zustand und den tatsächlichen Notwendigkeiten der Einordnung der Staatsangestellten in die Verwaltungsorganisation gesehen werden [2]. Obwohl die Absätze I – III des Art. 33 GG systematisch Anlaß für die Einordnung dieses Artikels in den Grundrechtsteil geben, hat das Grundgesetz die Regelung über den öffentlichen Dienst im Gegensatz zu einer Landesverfassung [3] bei den organisatorischen Bestimmungen über den Staatsaufbau eingeordnet.

Die geforderten Unterschiede im Aufgabenbereich, die der Wirklichkeit nicht mehr entsprechen, sind auf der Grundlage eines Rückblicks auf die geschichtliche Entwicklung des öffentlichen Dienstes zu verstehen [4]. Bedeutsam für personale Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst waren und sind vor allem die

1) Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 182; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 27, 28; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VIII 2

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 2, 15

3) Art. 13 der Verfassung von Berlin

4) Ule, in : Die Grundrechte, S. 556; Forsthoff, Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. V GG, DÖV 1951, 461; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 3; Kirchhoff, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des GG, S. 37; Thieme, Beamtentum im Wandel, DÖV 1968, 405

Übernahme der privaten Eisenbahnen durch den Staat, die Ausdehnung der kommunalen Betriebsverwaltungen, in denen der technisch ausgebildete Angestellte und Arbeiter den eigentlichen Verwaltungsbeamten verdrängte, und die Ausweitung der staatlichen Daseinsvorsorge. Diese Faktoren der Ausweitung staatlicher Verwaltung sind die wesentlichen Ursachen dafür, daß es heute nicht mehr möglich ist, den Aufgabenbereich der Staatsangestellten und Beamten materiell klar zu trennen.

c. Die rechtliche Durchsetzbarkeit der Forderung des Art. 33 Abs. IV GG

Trotz der Schwierigkeiten, die Bestimmung des Art. 33 Abs. IV GG in praxi durchzuführen, ist die Vorschrift kein bloßer Programmsatz, sondern aktuelles, unmittelbar geltendes Recht. Nach dem Rechtsgedanken des Art. 1 Abs. III GG, der sinngemäß für das gesamte GG gilt [1], bindet der Funktionsvorbehalt Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung

[1] Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 29

als unmittelbar geltendes Recht [1].

Art. 33 Abs. IV GG bedeutet also für Gesetzgeber und Verwaltung die Verpflichtung, eine entsprechende Personalpolitik zu veranlassen. Auch wenn dieses Ziel durch gesetzliche Regelung unmöglich zu verwirklichen ist, so bedeutet die Vorschrift des Art. 33 Abs. IV GG doch einen normativen Grundsatzbefehl [2], nicht nur eine nicht strikt verbindliche Richtlinie [3]. Eine geringfügige Verletzung des Grundsatzbefehls ist unerheblich, ebenso die Befolgung oft auch nicht möglich [4]. Für einen derartigen

1) Die Problematik, ob der Staatsangestellte bei bewußter Verletzung des Funktionsvorbehaltes einen Rechtsanspruch auf Ernennung zum Beamten hat, mit der Begründung, er nehme ständig hoheitsrechtliche Befugnisse wahr, ist eine andere Frage. S. hierzu Bachof, in : Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 298; W. Otto, Der Beamte als Träger der Staatshoheit, ZBR 1956, 243; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 111 IV d 3; Ule, in : Die Grundrechte, S. 559; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. II 3 d; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 40; BVerfG E 6, 385; BAG E 2, 84. Anderer Auffassung die frühere Rechtslehre, vgl. zusammenfassend Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 355, 356; Wacke, Beamtenrecht und Öffentliches Dienstrecht, S. 42 ff.; ders. Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 297 ff.

2) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VI; Clemens, Art. 33 Abs. V des GG und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 68; W. Otto, Der Beamte als Träger der Staatshoheit, TBR 1956, 243; nach Ule, in : Die Grundrechte, S. 571, hat der Funktionsvorbehalt den Rang eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums

3) BVerfG E 6, 385

4) Ule, in : Die Grundrechte, S. 559; Forsthoff, Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. V GG, DÖV 1951, 460

Interessenkonflikt [1] muß der Anstellungsbehörde ein pflichtgemäßes Ausnahmeermessen zwecks Konfliktlösung zugestanden werden; das Regel-Ausnahme-Verhältnis muß aber auf jeden Fall zugunsten der Beamten gewahrt bleiben [2]. Die bewußte und feststellbare häufige Nichtbefolgung kann rechtlich bedeutsam sein, da die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Staatsangestellte prinzipiell auf Ausnahmen beschränkt bleiben muß.

Jedenfalls sind Bundes- oder Landesgesetze, die eine grundsätzlich andere Regelung treffen, nichtig [3]. Hieraus folgt das strikte Gebot an den Gesetzgeber, das von Art. 33 Abs. IV GG geforderte Regel-Ausnahme-Verhältnis so weit wie irgend durchführbar einzuhalten [4]. Ebenso können die für die Gesetzmäßigkeitskontrolle zuständigen Staatsorgane Beanstandungen erheben, so die Kommunalaufsicht, die nach § 108 GO NW

1) Art. 33 Abs. IV GG enthält keinen Funktionsvorbehalt für Angestellte in der Weise, daß den Angestellten die Erfüllung aller nichthoheitsrechtlichen Aufgaben vorzubehalten sei oder daß nichthoheitsrechtliche Befugnisse nicht auf Beamte übertragen werden dürften, vgl. Hamann, GG, Art. 33 Abs. IV Anm. B 4; Ule, in : Die Grundrechte, S. 559; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Abs. IV Rn. 41

2) Ule, in : Die Grundrechte, S. 561; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 14; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Abs. IV, Rn. 42; BVerfG E 9, 284

3) Ule, in : Die Grundrechte, S. 559

4) BVerfG E 9, 268 ff., 284; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Abs. IV Rn. 42

zu prüfen hat, ob die Gemeinden gesetzmäßig verwaltet werden. Sie kann notfalls von ihrer Befugnis zur Ersatzvornahme an Stelle der aufsichtsunterworfenen Behörde Gebrauch machen. Die Nichterfüllung der für die aufsichtsunterworfene Behörde bestehenden Pflichten aus Art. 33 Abs. IV GG ist nicht durch Art. 28 Abs. II Satz 1 GG geschützt, da hiermit nur das Selbstverwaltungsrecht "im Rahmen der Gesetze" gewährleistet ist. In gleicher Weise ist Art. 78 LVerf NW durch Art. 78 Abs. IV LVerf NW begrenzt.

Zusammengefaßt ist festzustellen, daß Art. 33 Abs. IV GG sich an alle staatlichen Dienstherrn wendet, denen das Recht zur Einstellung und Regelung des Dienstrechts der Staatsangestellten ganz oder teilweise überlassen ist [1]. Die praktischen Schwierigkeiten der Funktionsaufteilung bedeuten notwendigerweise eine Entwertung des Berufsbeamtentums als des bislang vornehmsten Trägers der Staatsgewalt. Solche Skepsis teilt das GG augenscheinlich aber nicht [2].

d. Die Sicherung des Staatsangestelltentums durch Art. 33 Abs. IV GG

Die Entwertung des Berufsbeamtentums, die auch als sinnvolle Angleichung des Staatsangestelltentums an das Beamtentum verstanden werden kann, würde

1) Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 160

2) Ule, in : Die Grundrechte, S. 559

weitgehend vollendet sein, wenn man der Auffassung Wackes über den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. IV GG folgen würde, der in ihm eine institutionelle Garantie der Staatsangestellten sieht [1]. Ähnlich meint Clemens [2], Art. 33 GG verbiete nur die volle Angleichung des Rechts der Staatsangestellten an das Beamtenrecht.

Wacke ist der Ansicht, das gesamte öffentliche Dienstrecht sei als solches verfassungsrechtlich anerkannt. Das Dienstrecht der Staatsangestellten sei aus dem Arbeitsrecht, dem es entstammt, abgesondert und ordne sich in erster Linie nach den Belangen des öffentlichen Dienstes. Er weist darauf hin, daß die Tarifverträge viele Regelungen aus dem Beamtenrecht übernommen haben. Die verfassungsrechtliche Anerkennung dieses Dienstrechts rechtfertigt er damit, daß eine große Anzahl von Artikeln des GG das Recht der Staatsangestellten behandeln [3], so die Art. 33 Abs. IV und Abs. V, in denen vom öffentlichen Dienst die Rede ist, Art. 36 Abs. I Satz 2, 73 Ziff. 8 und 75 Ziff. 1, die von den im öffentlichen Dienste stehenden Personen sprechen,

1) Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 166 ff.; ders., Die Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften im Dienstrecht der Angestellten, ZBR 1955, 231; ders., Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, AöR, 388

2) Clemens, Art. 33 Abs. V des GG und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 67

3) Vgl. auch Wacke, Rechtsgutachten, S. 8 bis 10 und 31

Art. 85 Abs. II Satz 2, der Beamte und Angestellte nennt, Art. 130 Abs. II über Angehörige des öffentlichen Dienstes, Art. 131 Satz 1 und Satz 2 betreffend die Rechtsverhältnisse von Personen des öffentlichen Dienstes, Art. 132 Abs. I Satz 2 über Angestellte, die in einem unkündbaren Dienstverhältnis stehen, und Art. 132 Abs. I Satz 3 über Angestellte, deren Dienstverhältnis kündbar ist, ferner Art. 132 Abs. II, der wiederum Angehörige des öffentlichen Dienstes nennt, sowie Art. 137 Abs. I betreffend Beamte und Angestellte des öffentlichen Dienstes und schließlich Art. 34 GG, in dessen Satz 1 im Zusammenhang mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes schlicht "jemand" genannt wird.

Clemens und Wacke meinen, eine scharfe Trennung des Staatsangestelltentums vom Beamtentum sei geboten, ebenso gemäß Art. 33 Abs. IV GG die institutionelle Garantie des Dienstrechts der Staatsangestellten als ein vom Beamtenrecht deutlich getrenntes und mit diesem nicht vereinbares Rechtsgebiet, weil das Staatsangestelltentum materiell vom Beamtentum grundverschieden sei.

Es ist jedoch fraglich, ob die genannten Bestimmungen des GG eine institutionelle Garantie der Staatsangestellten als einer besonderen Gruppe des öffentlichen Dienstes [1] bezwecken. Der zuerst genannte Art. 36 GG

1) Wacke, Die Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften im Dienstrecht der Angestellten, S. 231; ders., in : Neues Beamtentum, S. 167; ders., Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, AöR 76, 388

hat ersichtlich andere Forderungen im Auge; er soll lediglich das Heimatprinzip bei Bundesbehörden gewährleisten. Aus den Gesetzgebungszuständigkeiten der Art. 73 Ziff. 8 und 75 Ziff. 1 GG läßt sich nicht mehr als eine Unterscheidung zur Regelung des Arbeitsrechts gemäß Art. 74 Ziff. 12 GG herleiten, das der konkurrierenden Gesetzgebung unterfällt. Derartige Regelungen bestimmter, vom Grundgesetz festgelegter Einzelfälle ohne grundsätzliche Bedeutung für eine verfassungsmäßige Garantie des Staatsangestelltentums stellen auch die Art. 130 Abs. II, 131 Satz 1 und Satz 2, 132 Abs. I Satz 2, 132 Abs. I Satz 3, 132 Abs. II und 34 Satz 1 GG dar.

Die Nennung der Staatsangestellten im Grundgesetz ist unter dem Gesichtspunkt zu verstehen, daß die Dienstverfassung des öffentlichen Dienstes seit jeher ein Teil der Staatsverfassung ist; diesbezügliche Regelungen bestanden bereits in der Weimarer Verfassung [1], wenn auch ausdrücklich nur für die Beamten. Dieser einseitige Bezug auf Beamte beruht darauf, daß bei Schaffung der Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 die Staatsangestellten, wie oben dargelegt, im Staatsdienst noch eine vermeintlich vorübergehende Funktion einnahmen und erst im Jahre 1920 bedeutsame Tarifverträge abgeschlossen wurden.

[1] s. Art. 129 ff. WRV

Die bloße Regelung zur Staatsverfassung gehörender einzelner dienstrechtlicher Fragen reicht für die Anerkennung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nicht aus [1]. Außerdem sind die genannten Bestimmungen des Grundgesetzes nur beschreibender Natur, nicht aber zukunftweisend [2]. Eine Ausnahme gilt lediglich für die Art. 85 Abs. II und 137 Abs. I GG. Der Grund, daß Art. 85 Abs. II GG die Angestellten als besondere Gruppe des öffentlichen Dienstes erwähnt und Art. 137 Abs. I GG sie zusammen mit den Beamten bezüglich ihrer Wählbarkeit einem verfassungsrechtlichen Sonderstatus unterwirft, liegt darin, daß das Grundgesetz im Gegensatz zur Weimarer Verfassung infolge der Entwicklung der funktionalen Bedeutung der Staatsangestellten diese als wichtige Gruppe des öffentlichen Dienstes vorfand und ihrer Bedeutung gemäß notwendigerweise in die Staatsverfassung einbeziehen mußte. Es ist aber der Verfassung nicht zu entnehmen, die Staatsangestellten seien im Grundgesetz erwähnt worden, um in ihrer Sonderstellung bewahrt und gesichert zu werden. Thieme [3] leitet im Gegenteil aus Art. 33 Abs. V GG her, daß das Dienstrecht der Staatsangestellten zugunsten einer Annäherung an das Beamtenrecht beeinflußt werden müsse.

1) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 39; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 39; Ule, in : Die Grundrechte, S. 558; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VI

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 39

3) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 39, 40

Bei Zugrundelegung der Auffassungen von Wacke und Clemens wäre es fragwürdig, wie die den Rechtsgrundsätzen des Art. 33 Abs. IV GG entsprechenden beamtenrechtlichen Bestimmungen, nämlich § 2 Abs. II BRRG, § 4 Nr. 2 BBG und § 4 Abs. I LBG, mit der Verfassung vereinbar sein sollten [1]. Wenn auch die genannten Meinungen der Zweckmäßigkeit und Wirklichkeit nahe kommen und das Staatsangestelltentum stärken, so ist wegen der genannten juristischen Gründe der nahezu uneingeschränkt herrschenden Meinung der Vorzug zu geben, die die im Grundgesetz enthaltenen Regelungen einzelner dienstrechtlicher Fragen, die zur Staatsverfassung gehören, nicht für ausreichend ansieht, um daraus die institutionelle Garantie der Staatsangestellten als einer besonderen Gruppe des öffentlichen Dienstes herzuleiten.

3. Das Treueverhältnis der Staatsangestellten

a. Das Treueverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Wie bereits am Anfang des ersten Teils ausgeführt, war die Entwicklung des Treueverhältnisses der Staatsangestellten extremen Wandlungen unterlegen gewesen. Das personenrechtliche Abhängigkeitsverhältnis des "Staatsangestellten" zu seinem Fürsten verselbständigte sich zu einem beamtenähnlichen, ausschließlich amtsbezogenen und damit öffentlichrechtlichen Amtswalterverhältnis. Schließlich stand, nicht zuletzt unter dem Einfluß des Liberalismus,

1) Ule, in: Die Grundrechte, S. 502

wieder die schuldrechtliche Seite eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages im Vordergrund, die nunmehr von einem anderen Personenkreis von Staatsbediensteten, den Beamten, streng unterschieden wurde. Den Hauptgegenstand des Arbeitsverhältnisses bildete nicht das Treueverhältnis, sondern die Arbeitspflicht. Dieses Rechtsverhältnis wurde bis heute durch eine fortschreitende Anerkennung und Konkretisierung eines Treueverhältnisses ausgeformt [1].

Die Bedeutung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten als Schuldverhältnis wird heute über die Generalnorm des § 242 BGB hinaus bestimmt. Danach ist der Staatsangestellte verpflichtet, die Ableistung seines Dienstes nicht nur so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern [2]. Nach dem für die Bereiche des Bundes, der Länder und der Gemeinden geltenden Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) [3] hat der Staatsangestellte zwar gemäß § 6 Satz 1 "dem Arbeitgeber die gewissenhafte Diensterfüllung und die Wahrung der Gesetze zu geloben", also ein

1) Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, S. 125; BAG, in : RdA 1958, 440

2) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, § 37 I

3) Zum Geltungsbereich siehe §§ 1 bis 3 BAT

Versprechen abzulegen, das sich wesentlich noch mit der Dienstpflicht befaßt, aber bezüglich der allgemeinen Pflichten ist in § 8 Abs. I Satz 1 generell bestimmt, daß der Angestellte sich so zu verhalten hat, "wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird". Diese Verpflichtung wird in Satz 2 dahingehend konkretisiert, daß sich der Staatsangestellte "durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des GG" bekennen muß.

Im Vergleich zum arbeitsrechtlichen Dienstverhältnis besteht eine gesteigerte Treuepflicht, die in §§ 6 bis 14 BAT zum Beispiel ihren Niederschlag gefunden hat. Ihr steht eine besondere Treuepflicht des Dienstherrn gegenüber [1]. Die Rechte der Staatsangestellten mußten jedoch - zumeist analog den Rechtsgedanken der beamtenrechtlichen Bestimmungen - erst durch die Rechtsprechung konkretisiert werden. In den geltenden Tarifverträgen fehlt ein Katalog der Pflichtenbindungen. Im Unterschied dazu ist in den Beamtengesetzen vor den Bestimmungen über die vermögensrechtlichen Ansprüche nach dem Katalog über die Pflichten (BRRG §§ 35 bis 47; BBG §§ 52 bis 78; LBG §§ 85 bis 106) ein Katalog über die Rechte der Beamten aufgestellt worden (BRRG §§ 48 bis 60; BBG §§ 79 bis 92; LBG §§ 85 bis 106).

[1] Palme, Zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst, RiA 1959, 323; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 41; BVerfG E 7, 349

Durch das Treueverhältnis der Staatsangestellten wird ein privatrechtlicher Sonderstatus [1] begründet, dessen Unterschied zum besonderen Gewaltverhältnis mehr ideeller und formaler Art ist. Selbst wenn man den Staatsangestellten das den Beamten eigene Berufsethos abspräche, von dem im übrigen das Beamtentum heute nicht mehr grundlegend geprägt ist [2], kann das kein entscheidendes Merkmal sein, da die Treuepflicht und gleichzeitig die Berufsauffassung der Staatsangestellten über die eigentliche Erbringung der Arbeitsleistung hinausgeht.

Es ist daher der Versuch zu unternehmen, das Treueverhältnis der Staatsangestellten zum einen mit dem des Beamtenrechts zu vergleichen, und zum anderen, es gegen das arbeitsrechtliche Treueverhältnis der privaten Wirtschaft abzugrenzen. Die vorstehenden allgemeinen Erörterungen über das Treueverhältnis der Staatsangestellten, die sich in dem Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses oder Dienst- und Treueverhältnisses zusammenfassen lassen [3], stellen noch keine Abgrenzung zu diesen beiden Rechtsgebieten dar.

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 III

2) Juncker, Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet?, ZBR 1967, 68

3) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, § 22 II 1; BVerfG E 7, 349; Wacke, in : Die Verwaltung, S. 16; Wilhelm, Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 359; Walter und Böhm, Arbeitsverhältnis und Beamtenverhältnis, S. 196

b. Unterschiede zum arbeitsrechtlichen Treueverhältnis

Das arbeitsrechtliche Treueverhältnis ergibt sich wesentlich aus dem bedeutenden wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, das durch die gemeinsamen Interessen der Erhaltung und Sicherung des Arbeitsplatzes begründet ist. Charakteristisch für dieses weniger als Gemeinschaftsverhältnis, sondern vielmehr als Abhängigkeitsverhältnis zu umschreibende Rechtsverhältnis ist das Interesse beider Teile an der wirtschaftlichen Existenz. Um dieses Ziel zu erreichen, führt der Zweck der beiderseitigen Existenzsicherung zu gegenseitigen Treuepflichten [1], die in dem genannten Sinne primär gewissermaßen sachbezogen sind. Ihr Grad hängt von der Art der zu leistenden Arbeit ab.

Ob die Verletzung einer dienstrechtlichen Treuepflicht vorliegt, kann davon bestimmt sein, ob sie von einem lediglich mit mechanischen Dienstleistungen betrauten Staatsangestellten oder aber einem solchen in verantwortlicher Stellung begangen wurde. Das arbeitsrechtliche Treueverhältnis unterscheidet sich

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, § 22 II 1; Wacke, in : Die Verwaltung, S. 16; Wilhelm, Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 359; Walter und Böhm, in : Festschrift für Sitzler, S. 196; vgl. BVerfG E 7, 349

von dem besonderen Treueverhältnis des öffentlichen Dienstes dadurch, daß die beiderseitige arbeitsrechtliche Treuepflicht nicht so intensiv ausgestaltet ist.

Bei einer Versetzung zeigt sich dieser Intensitätsunterschied darin, daß diese nach § 12 Abs. 1 BAT "aus dienstlichen Gründen" jederzeit zulässig ist, dagegen nach allgemeinem Arbeitsrecht nur dann, wenn der Arbeitnehmer zustimmt oder die Versetzung zumindest zumutbar ist [1].

Durch die Eigenarten des öffentlichen Dienstes sind Einschränkungen des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses gegeben, die sich aus dem Vorrang des öffentlichen Interesses und Gemeinwohls vor dem Einzelinteresse ergeben [2]. Im Unterschied zum arbeitsrechtlichen Treueverhältnis hängt das Treueverhältnis der Staatsangestellten nicht unmittelbar von dem zwischen den Beteiligten gewollten und beabsichtigten Zweck ab, sondern besteht in mehr abstrakter, übergeordneter Form losgelöst vom konkreten einzelnen Dienstverhältnis. Es besteht kein Abhängigkeitsverhältnis in dem Sinne, daß ein Staatsangestellter etwa so lange zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt ist, bis die Anstellungskörperschaft des öffentlichen Rechts

1) Vgl. BAG, in : AP Nr. 2 zu § 611 BGB

2) Vgl. RGZ, 113, 81; 114, 101; 126, 142; 139, 177 ff.

selbst die Grundsätze des Treueverhältnisses einhält. Im Arbeitsrecht hat dagegen entsprechend dem Synallagma des Dienstvertrages des vertragstreue Teil besondere Rechte, wenn der andere Teil das Vertrauen stört. Hieran wird deutlich, daß die arbeitsrechtliche Treuepflicht auch dort, wo sie als verselbständigte Pflicht erscheint, letzten Endes Ausfluß der gegenseitigen Bindungen im Sinne von §§ 611 ff. BGB und der Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB und damit letzlich der Erfüllungspflicht des konkreten Arbeitsverhältnisses zuzurechnen ist [1].

Der Grundsatz des § 242 BGB, betreffend die Verpflichtung, so zu handeln, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, ist von der dienstrechtlichen Treuepflicht zu unterscheiden. Regelmäßig bedeutet nämlich die von einer bestimmten Treuepflicht erfaßte Pflicht, daß die geforderte Treue selbst geschuldet wird. Sie ist damit im Arbeitsrecht Leistungsgegenstand. Im öffentlichen Dienst wäre sie eine von den Staatsangestellten auszuführende Dienstpflicht und stellt demgemäß eine Modifizierung von § 613 BGB dar. Dagegen bedeutet der Grundsatz von Treu und Glauben im arbeitsrechtlichen Dienstverhältnis in der Regel keine direkte Hauptverpflichtung.

[1] Esser, Schuldrecht AT, § 33, 1

Die Geltung dieses Grundsatzes im öffentlichen Dienstrecht ist beschränkt durch die Eigentümlichkeiten öffentlich-rechtlicher Rechtsinstitute [1]. So sind die im Beamtenrecht zwingenden Formerfordernisse bei der Ernennung und Entlassung nicht durch den Rechtsgrundsatz des § 242 BGB einschränkbar, da hier ein das Prinzip von Treu und Glauben überwiegendes Interesse an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu strengen Formerfordernissen geführt hat [2].

Die Begriffe von Treu und Glauben und des Treueverhältnisses stellen gemeinsam auf die ordnungsgemäße, das Vertrauen des anderen Beteiligten rechtfertigende Abwicklung und Erfüllung des Dienstverhältnisses ab. Während aber der Rechtsgedanke des § 242 BGB vornehmlich die Art und Weise der Wahrnehmung des Dienstverhältnisses bestimmt, stellt die Treuepflicht des Arbeits- und des Dienstverhältnisses eine Begründung konkreter einzelner Pflichten dar, durch die der Inhalt des Rechtsverhältnisses bestimmt wird; diese Pflichten gehören unter anderem zum sogenannten "Leistungsgegenstand" des Arbeitsverhältnisses bzw. Dienstverhältnisses [3]. Das Wesen der dienstrecht-

1) Vgl. RG Z 112, 224; 144, 81; 162, 150; BVerwG, in : BB 1959, 1242

2) Nauk, Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften, JW 1936, 2508; Plog-Wiedow-Beck, BBG, § 2 Rn. 31; bad. VGH, in DVBl. 1950, 346; BVerwG, in : NJW 1967, 1434

3) Vgl. Bergmann, Über den Mißbrauch gesellschaftslicher Machtstellungen, ZHR 105, 11; Walter und Böhm, in : Festschrift für Sitzler, S. 198

lichen Treuepflicht der Staatsangestellten besteht dagegen darin, daß sie sich "neben und über der eigentlichen Arbeitspflicht in nicht vorher festzulegender Weise äußert" [1].

Die arbeitsrechtliche Treuepflicht erstreckt sich mithin letzlich immer auf das zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehende Vertragsverhältnis und beider wirtschaftliches Interesse. Das gilt auch für solche Regelungen, die die Treuepflichten über die Dienstzeit hinaus erstrecken. Etwa die nach Beendigung des Dienstverhältnisses fortgeltende Schweigepflicht hat ihren Sinn gerade darin, den Arbeitgeber vor wirtschaftlichem Schaden zu bewahren. Ebenso kann eine Beschränkung der Freiheit der Angestellten hinsichtlich von Meinungsäußerungen über den Betrieb begründet werden. Vor allem in den sogenannten Tendenzbetrieben sind deshalb die Grundrechte nur in dem Umfang geschützt, in welchem sie den Vertragszweck nicht gefährden [2]. Hierbei handelt es sich um Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen, geistigen, karitativen, künstlerischen und ähnlichen Bestrebungen dienen und eine bestimmte ideelle Zielsetzung haben.

1) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 23

2) BAG E 2,279; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 2; Walter und Böhm, in : Festschrift für Sitzler, S. 198; vgl. ferner § 81 Abs. I Satz 1 BetrVG

Die Schranken der privatrechtlichen Grundrechtsbeschränkungen betreffen die Einschränkbarkeit des durch Grundrechte gegenüber dem Staat geschützten Freiheitsbereichs durch die Handhabung der Privatautonomie [1] und bestimmen sich nach den der Privatautonomie gesetzten Grenzen, also §§ 138, 242, 826 BGB. Der Einzelne hat im Privatrecht die Möglichkeit, seine Rechtsbeziehungen selbst zu gestalten und daher auf den Schutz der Grundrechte zu verzichten. So kann er sich durch einen langfristigen Arbeitsvertrag an einen bestimmten Arbeitgeber binden und damit einer Beschränkung seiner Freiheit in der Wahl des Arbeitsplatzes gemäß Art. 12 GG zustimmen.

Streitig ist, ob die Grundrechte ihrerseits die genannten zivilrechtlichen Generalklauseln ausfüllen [2] oder aber Bestandteil des Zivilrechts selbst sind [3]. Es ist der zuerst genannten Meinung zu folgen, die das Privatrecht und die Grundrechte als zwei verschiedene Ebenen des Rechts ansieht, da ein wesentlicher Sinn der Grundrechte darin besteht, daß sie sich gegen die staatliche Gewalt richten. Grundrechtsadressaten sind demnach nur die Stellen, die mit staatlicher Gewalt ausgestattet sind. Nur subsidiär verkörpern die Grundrechte ein Wertsystem, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung in

1) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. III, Rn. 127 - 133

2) BVerfG E 7, 198; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. III Rn. 127 - 133

3) BAG E 4, 274

allen Rechtsbereichen gilt [1]. Vor allem sind die Grundrechte für eine sogenannte verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln zu beachten [2].

Eine Grundrechtsverletzung gegenüber dem Angestellten, die durch den Zweck des Betriebes, z.B. eines Tendenzbetriebes, nicht gedeckt ist, stellt die Verletzung des Treueverhältnisses dar [3]. Die Treuepflicht des Arbeitgebers im Sinne der oben erörterten Leistungspflicht geht nämlich dahin, alles zu unterlassen, was in dem bestehenden gegenseitigen wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis keinen auf die spezielle Arbeit sachbezogenen Grund in der Erhaltung und Sicherung des Arbeitsplatzes hat. Verstöße gegen die Grundrechte und die gegenseitige Treuepflicht sind also im Gegensatz zum Beamtenrecht nach Zivilrecht zu beurteilen. Sie bedeuten die Verletzung des Dienstvertrages. Eine Grundrechtsverletzung kann nur durch öffentliche Gewalt erfolgen. Daher kann sie begriffsmäßig wohl bei den Staatsangestellten, denen gegenüber eine juristische Person des öffentlichen Rechts öffentliche Gewalt ausübt, nicht aber bei den Angestellten der privaten Wirtschaft in Betracht kommen. Nur für die staatliche Gewalt besteht eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte durch Art. 1 Abs. III und 20 Abs. III GG,

1) BGH, in : DÖV 1961, 309; BVerfG E 7, 206; 10, 81; BVerfG, in : NJW 1967, 1413

2) BVerfG E 7, 198, 206

3) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 2 b

die durch Überschreitung der zulässigen Grenze verletzt werden kann.

Wegen des gemeinnützigen Zweckes des Dienstverhältnisses und der Unterworfenheit der Staatsangestellten unter die öffentliche Gewalt ist anerkannt, daß das Treueverhältnis der Staatsangestellten grundsätzlich stärkeren Pflichten und Bindungen unterliegt als eine Tätigkeit für einen privaten Arbeitgeber [1]. Dies ist jedoch eine Folge der von dem jeweiligen Staatsangestellten ausgeübten öffentlichen Primär- oder Sekundärfunktion [2], die die wesentliche Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses bestimmt.

Im Ergebnis, also bezüglich der Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen und der dienstrechtlichen Treueverhältnisse, bestehen jedoch oft die durch den vergleichbaren Zweck des betreffenden Dienstverhältnisses gerechtfertigten ähnlichen Treuepflichten der Dienstnehmer bzw. der Staatsbediensteten. Beispielsweise ist das in Art. 6 Abs. I GG geschützte Grundrecht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, für einen Beamten der Bereitschaftspolizei durch den Sinn und Zweck des besonderen Gewalt-

1) Clemens, Art. 33 Abs. V des GG und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 66

2) Das dominierende Element ist das Rechtsverhältnis zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts; die Frage, ob ein Staatsangestellter hoheitsrechtliche Aufgaben wahrnimmt, oder nur als bloße Hilfskraft der Verwaltung tätig ist, ist dagegen nur von sekundärer Bedeutung

verhältnisses eingeschränkt [1]. In gleicher Weise darf sich ein in einem Tendenzbetrieb beschäftigter Arbeiter nicht in Widerspruch zu der durch die betrieblichen Interessen gezogenen Zweckbestimmungen setzen. So darf ein geschiedener katholischer Arbeiter in einem einer katholischen Kirchengemeinde gehörenden und von ihr geleiteten Krankenhaus fristlos, also ohne den Schutz des § 1 KSchG, gekündigt werden, wenn er sich entgegen dem Verbot des kanonischen Rechts zu Lebzeiten seiner ersten Ehefrau wieder verheiratet [2].

c. Unterschiede zum beamtenrechtlichen Treueverhältnis

Die Unterschiede zum beamtenrechtlichen Treueverhältnis sind formal zunächst darin begründet, daß sie gesetzlich, und zwar in den Generalnormen des § 4 Abs. I BRRG, des § 7 Abs. I Nr. 2 BBG sowie des § 35 Abs. I Satz 2 BRRG und § 52 Abs. II BBG geregelt sind. Durch § 191 BBG ist bestimmt, daß die Vorschriften des Bundesbeamtengesetzes auf Bundesangestellte nicht anwendbar sind, vielmehr deren Rechtsverhältnisse durch Tarifvertrag geordnet werden. Nach Fortfall der Bestimmungen der §§ 3 Nr. 1 und 6 des vorl. BPersG [3], wonach geregelt war, daß "alle im

1) BVerwG E 14, 21 ff.; Schneeberger, Zur Frage der Rechtswidrigkeit der Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte, ZBR 1956, 35; Schnupp, Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte, ZBR 1956, 346; H. Schwenk, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, NJW 68, 822 ff.

2) BAG E 2, 279 ff.

3) Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen vom 17.5.1950, BGBl. S. 207

Dienst des Bundes stehenden Personen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur demokratischen Staatsauffassung bekennen" müssen, und des jetzt weggefallenen Satzes 2 des § 191 BBG [1], wonach es bei diesen Vorschriften "bis zur grundlegenden tarifvertraglichen Neuregelung der Rechtsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter des Bundes" verbleiben sollte, kann sich das Treueverhältnis der Staatsangestellten des Bundes nur noch nach eigenen Rechtsgrundlagen, insbesondere dem inzwischen abgeschlossenen Bundes-Angestelltentarifvertrag [2], richten.

§ 8 Abs. I Satz 2 BAT bestimmt, daß der Angestellte verpflichtet ist, "sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung" zu bekennen. Der grundlegende Unterschied der genannten Bestimmung zum arbeitsrechtlichen Treueverhältnis besteht darin, daß es sowohl bei der Tätigkeit der Beamten als auch der Staatsangestellten nicht um private, sondern um öffentliche Interessen und Rechtspositionen geht. Das staatsangestellten- und beamtenrechtliche Treueverhältnis ist nicht personaler, sondern abstrakter Art. Es besteht nie lediglich einem Vorgesetzten gegenüber, sondern wird der juristischen Person der Anstellungskörperschaft und letztlich der Allgemeinheit der Staatsbürger geschuldet [3]. Unter diesem gemeinsam für Staatsangestellte und Beamte geltenden Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses erscheint eine generelle

1) § 191 BBG in der Fassung vom 14. 7. 1953, BGBl. I S. 551

2) BAT vom 23. 2. 1961, Gem. Min. Bl. S. 138

3) Wacke, Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 278 ff.

Abgrenzung beider Dienstverhältnisse problematisch.

Die im öffentlichen Dienst auf die Interessen der Allgemeinheit zurückgehende Dienst- und Treuepflicht wird inhaltlich nach den Prinzipien des demokratischen Staatswesens ausgerichtet, nämlich dem gemäß Art. 20 Abs. I und Abs. III, 28 Abs. I Satz 1 GG demokratischen und sozialen Rechtsstaat, der gemäß Art. 20 Abs. II, 28 Abs. I Satz 2 durch die Souveränität des Volkes, die Gewaltenteilung und die Gewährleistung von Grundrechten gemäß Art. 1 Abs. III, 79 Abs. III GG gekennzeichnet ist. Eine über das allgemeine Gewaltverhältnis hinausgehende Pflichtenbindung kann nur im öffentlichen Dienst, nicht aber durch einen privaten Arbeitgeber gerechtfertigt sein [1]. Die in den öffentlichen Dienst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts eingegliederten Staatsbediensteten, also Beamte und Angestellte, haben sich im Gegensatz zu den privaten Dienstnehmern einer besonderen Treue- und Gehorsamspflicht zu befleißigen [2]; ihre Verletzung kann mit einer Vertragsverletzung nicht verglichen werden. Auch bei den Staatsangestellten besteht die Verantwortlichkeit für ihr dienstliches und möglicherweise auch außerdienstliches Handeln letzlich immer gegenüber der Allgemeinheit.

1) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 32 IV c

2) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 2 a; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 240; BAG E 7, 256; BAG, in : NJW 1959, 1197

Die gegenüber dem arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis gesteigerte Treuepflicht des öffentlichen Dienstes ergibt sich aber nicht daraus, wie Peters [1] meint, daß die Aufgaben des öffentlichen Dienstes durch eine besondere Personengruppe wahrgenommen werden. Das Grundgesetz behandelt das Recht des öffentlichen Dienstes nämlich in erster Linie unter dem Gesichtspunkt seiner Funktionen für die Allgemeinheit, nicht aber primär unter dem Blickpunkt der Rechte und Pflichten der Staatsbediensteten [2]. Die im Vergleich zum Arbeitsrecht gesteigerte Treuepflicht ergibt sich somit ausschließlich aus der für die Allgemeinheit bedeutsamen Verantwortung der Dienststellung, nicht aber daraus, daß die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben durch einen Beamten oder Staatsangestellten erfolgt. Diese staatspolitische Treuepflicht kann nicht wie eine über die Dienstleistungspflicht hinausgehende gesteigerte arbeitsrechtliche Treuepflicht begründet werden, sondern besteht n e b e n der eigentlichen Arbeitsleistungspflicht [3]. Das Maß der erforderlichen Treuepflicht der Staatsangestellten richtet sich nach der Art und Funktion der Anstellungskörperschaft und der dienstlichen Stellung des Staatsangestellten [4].

1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 240

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 15; ders., Für eine Totalrevision des GG, ZRP 1969, 33

3) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 139, 140

4) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 2; Grewe, in : Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, S.64

Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Staatsangestellter oder aber ein Beamter sich gegen die verfassungsgemäße Grundordnung stellt. Der Staat und die Allgemeinheit erwarten vielmehr von allen Staatsbediensteten die gleiche Treuebindung, damit die Funktion der Verwaltung, von der das Gedeihen des Gemeinwohls abhängt, nicht beeinträchtigt wird. In dieser Hinsicht ist die politische Treuepflicht bedeutsam. Sie ist ein Wesensmerkmal des gesamten öffentlichen Dienstes und trennt ihn zugleich scharf vom privaten Dienstverhältnis [1].

Im Gegensatz zu diesem unterliegen alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes einer gesteigerten politischen Treuepflicht, wie sie etwa in dem genannten Beschluß der Bundesregierung vom 19.9.1950 zum Ausdruck kam. Beamte und Staatsangestellte wurden angesichts ihrer Bedeutung für das Gemeinwesen und im Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung einer übereinstimmenden Pflichtenbindung unterworfen.

Wegen der Unterworfenheit beider Dienstverhältnisse unter die öffentlichen Interessen können die Treueverhältnisse nicht generell unterschieden werden. Das Maß der Treuepflicht der Staatsangestellten ist im konkreten Fall unter Berücksichtigung der allgemeinen öffentlichen Interessen und des jeweiligen Zweckes des Dienstverhältnisses zu ermitteln. Dabei

[1] Mestern, in : Neues Beamtentum, S. 44; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 2; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 90

wird regelmäßig, aber nicht notwendig, der Unterschied der Treuebindung der Staatsangestellten gegenüber dem beamtenrechtlichen Treueverhältnis in der dem jeweiligen Dienstverhältnis eigentümlichen Intensität der Eingliederung in die Erfüllung der Staatszwecke begründet sein. Das Maß dieser Integration der Staatsbediensteten ist der Art ihrer Tätigkeit, Aufgaben und Funktion in der Verwaltung angepaßt. Entscheidend ist nicht der formelle Unterschied ihrer dienstlichen Rechtsverhältnisse, sondern die zu fordernde Treue gegenüber dem Gemeinwesen, nämlich die Treuebindung des gesamten öffentlichen Dienstes im Interesse der Allgemeinheit und der Handlungsfähigkeit des Staates als Diener der Gesellschaft [1].

Die staatliche Gewalt ist ihrerseits gegenüber der Allgemeinheit verpflichtet, im Interesse einer funktionsfähigen Verwaltung von Staatsangestellten und Beamten die prinzipiell gleiche, den Umständen des Einzelfalles angepaßte besondere Dienst- und Treueverpflichtung zu verlangen, die an den Staatszielbestimmungen der Verfassung orientiert ist [2].

1) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 370; Thieme, Für eine Totalrevision des Grundgesetzes, ZRP 1969, 33; a.A. Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, S. 40

2) v. Münch, Freie Meinungsäußerung der Beamten, ZBR 1959, 305 ff.; Walter und Böhm, in : Festschrift für Sitzler, S. 196; BGH, in : DVBl. 1953, 370; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 III c; Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297 ff.

Aus dieser grundsätzlich gleichen Beurteilung des Treueverhältnisses von Staatsangestellten und Beamten stellt sich die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Bindung und Unterordnung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten.

4. Die öffentlich-rechtliche Bindung und Unterordnung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten

a. Die Bestimmung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten durch den Zweck der Institution

Das Dienstverhältnis der Staatsangestellten ist auf Grund der Abgrenzung des Art. 33 Abs. IV GG von seiner Institution her zu begreifen, auf deren Funktionstüchtigkeit es im Interesse des Gemeinwohls ankommt. Das Treueverhältnis dient nicht privatnützigen, sondern gemeinnützigen Zwecken. In diese Zwecke ist der gesamte öffentliche Dienst, also sowohl der hoheitliche als auch der nichthoheitliche, eingeordnet. Für diese Rechtslage sind die beamtenähnlichen Ausgestaltungen der Dienstverhältnisse der Staatsangestellten kennzeichnend.

Hierfür ist beispielhaft neben § 9 BAT bezüglich der Schweigepflicht der Staatsangestellten die Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat vom 22.5.1943 [1] zu nennen, die in anderer Fassung bereits seit dem

[1] RGBl. I S. 31

3.5.1917 [1] galt. Die Sonderstellung von Staatsangestellten im öffentlichen Dienst war erstmals durch einen eigenen Reichstarifvertrag vom 4. Juni 1920 geregelt worden [2]. Das Gesetz zur Ordnung der Arbeit im öffentlichen Verwaltungen und Betrieben (AOGö) vom 23. März 1934 [3] führte eine speziell für die staatlichen Angestellten geltende besondere Betriebsverfassung ein. Heute gilt für Angestellte der Privatwirtschaft das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 [4], für Beamte, Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes gemeinsam das Personalvertretungsgesetz vom 5. August 1955 [5].

Diese Annäherung von Beamten- und Angestelltenrecht zeigt, daß der Vorrang des öffentlichen Interesses sich im Recht des gesamten öffentlichen Dienstes auswirkt. Hierdurch hebt sich das Dienstrecht der Staatsangestellten deutlich von privatem Dienst und privatem Interesse ab [6]. Der durch die Verfassung begrenzte Zweck der Institution, der ein Staatsangestellter angehört, ist für das Maß der Pflichtenbindung und Unterordnung unter die Zwecke der Verwaltung entscheidend. Im folgenden ist zu untersuchen, welche Bedeutung gegenüber dem objektiven Zweck der Institution die subjektiven Rechte der Staatsangestellten haben.

1) Wacke, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 9

2) Vgl. oben S. 25

3) RGBl. I S. 220

4) BGBl. I S. 681

5) BGBl. I S. 477

6) Mestern, in : Neues Beamtentum, S. 43

b. Die Bestimmung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten nach den subjektiven Rechten

Die subjektive Rechtsstellung der Staatsangestellten ist nicht entscheidend durch das Vorhandensein zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen, etwa nach dem BAT, geprägt. Das Grundgesetz hat die Fragen des gesamten öffentlichen Dienstes nicht unter dem Blickwinkel subjektiver Rechte, sondern unter dem öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkt der Zuständigkeiten im Zusammenhang mit den Staatsfunktionen geordnet [1]. Die Ausgestaltung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten erfolgt durch die zuständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Das legt den Schluß einer öffentlich-rechtlichen Bindung und Unterordnung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten nahe. Einer derartigen Annahme könnte aber der Rechtscharakter der die Tarifverträge abschließenden Parteien entgegenstehen. Nur Parteien öffentlich-rechtlicher Funktionen und Rechtscharakters können durch einen "Vertragsabschluß" öffentlich-rechtliche Rechtswirkungen entfalten.

c. Die Bestimmung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten nach dem Rechtscharakter der die Tarifverträge abschließenden Parteien

Der Bundes - Angestelltentarifvertrag wurde zwischen den in der Präambel zum BAT genannten öffentlichen Stellen und Gewerkschaften ÖTV und DAG ausgehan-

1) z.B. Art. 33 Abs. IV und Abs. V, 73 Nr. 8, 75 Nr. 1, 85 Abs. II Satz 2, 130 Abs. II, 131, 132 Abs. I Satz 2 und 137 GG

delt. Der Annahme öffentlich-rechtlicher Rechtswirkungen des BAT könnte somit nur der Rechtscharakter der Gewerkschaften als Vertragspartei entgegenstehen. Es ist jedoch fraglich, ob ihnen die Innehabung öffentlicher Funktionen und Rechtsstellungen wegen ihrer privatrechtlichen Organisationsform abgesprochen werden muß.

Die Gewerkschaften nehmen heute im Bereich des öffentlichen Lebens in zunehmendem Maße bedeutende Funktionen wahr. Hinsichtlich der innerdienstlichen Mitwirkung bei den öffentlichen Behörden sind sie beispielsweise im Personalrat nach den Bestimmungen des Personalvertretungsgesetzes nicht auf die Lohnforderungen beschränkt [1]. Der Bereich der Mitwirkung und Mitbestimmung der Gewerkschaften in staatlichen Organen wird ständig größer. Eine bedeutende Rolle spielt daneben der "politisch wesentlichere Bereich autonom ausgeübter gewerkschaftlicher Herrschaftsfunktionen" [2]; diese Arten der Zusammenarbeit der Gewerkschaften mit staatlichen Organen sind wie folgt zu untergliedern [3]: Mitwirkung der Gewerkschaften bei staatlichen Normsetzungsakten, in der staatlichen Verwaltung und bei der staatlichen Rechtsprechung.

1) J. Hirsch, Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, S. 158 ff.

2) J. Hirsch, Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, S. 156

3) Untergliederung nach Hirsch, Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, S. 158 ff., S. 166 ff., S. 175 ff.

Die Gewerkschaften haben heute die Mitbestimmung als bloße Etappe auf dem Weg zum klassenkämpferischen Sozialismus von ihrem Programm gestrichen und fordern, alle Bürger an der wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Willensbildung gleichberechtigt teilnehmen zu lassen. Bei den Gewerkschaftsforderungen geht es insoweit nicht mehr darum, daß eine Gruppe fordert und gewinnt, sondern es geht um die politische Ordnung in der Bundesrepublik, die mitzugestalten jedermann berufen ist. Die ökonomische Interessenausrichtung der Gewerkschaft beginnt sich in unseren Tagen unter dem Eindruck zunehmender Politisierung der Gesellschaft und Wirtschaft zu repolitisieren. Deshalb ist auch die Tarifautonomie der Sozialpartner, die für die tarifvertragliche Gestaltung des Dienstrechts der Staatsangestellten zuständig sind, weder Privatvertrag noch delegierte Gesetzgebung noch originäre Autonomie, sondern politische Anteilnahme an der Rechtsbildung in unserer Gesellschaft [1]. In der Zivilrechtsprechung [2] wurden die

1) Rehbinder, Die Rechtsnatur des Tarifvertrags, JR 1968, 167; Kamman, Das Ordnungsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, RdA 1967, 403; Krüger, in : Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band I, Teil 1, S. 7 ff.; Herschel, in : Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band II, Teil D, S. 7 ff.;Biedenkopf, in : Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band I, Teil 1, S. 97 ff.; Kaufmann, Normsetzungsbefugnis der Tarifpartner, NJW 1966, 1682

2) BGH, in : NJW 1968, 1830 in Weiterentwicklung von BGH Z 42, 210 zur Frage der Aktivlegitimation der Gewerkschaften im Zivilprozeß

öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften anerkannt, obwohl sie nichtrechtsfähige Vereine des Privatrechts sind. Die privatrechtlichen Formen der Gewerkschaften stehen der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Funktionen nicht entgegen. Auch die politischen Parteien, die durchweg die Rechtsform eines nicht eingetragenen bürgerlich-rechtlichen Vereins haben, haben gemäß § 1 Abs. I Satz 2 des Gesetzes über die politischen Parteien vom 24. Juli 1967 [1] eine "ihnen nach dem Grundgesetz obliegende und von ihm verbürgte öffentliche Aufgabe" zu erfüllen. Die politischen Parteien sind nämlich auf Grund Art. 21 GG eigene und vor anderen Vereinigungen mit politischer Zielsetzung besonders hervorgehobene Institutionen des Verfassungsrechts [2], die als "integrierende Bestandteile des Verfassungsaufbaus und des verfassungsrechtlich geordneten Lebens" [3] wesentlich an der Gestaltung des Staatslebens mitwirken. Diese öffentlich-rechtlichen Funktionen der Parteien wurden schon vor Inkrafttreten des Parteigesetzes anerkannt [4]. Die privatrechtliche Rechtsform dieser Organisationen schließt daher grundsätzlich nicht das Entstehen öffentlich-rechtlicher Funktionen der Parteien aus. Diese Erkenntnis ist, wie ausgeführt werden soll, auch für den Rechtscharakter des durch Staat und

1) BGBl. I S. 773

2) Gastroph, Die politischen Vereinigungen, S. 25

3) BVerfG E 5, 133; 11, 273; kritisch gegenüber diesen Formulierungen Hesse, VVDStRL, Heft 17, 40

4) Hesse, VVDStRL, Heft 17, 27 ff., 45

Gewerkschaft abgeschlossenen Bundes - Angestelltentarifvertrages von grundlegender Bedeutung.

Die Rechtsprechung geht davon aus, daß sich das Verhältnis zwischen Staat und Gewerkschaften grundlegend gewandelt hat und daß die Gewerkschaften heute "für das Gemeinwohl unentbehrlich sind" [1]. Ihnen sind die als öffentliche Funktionen zu wertenden bedeutenden Anhörungs- und Antragsrechte eingeräumt worden, insbesondere bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG [2], bei der Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen nach § 7 des Gesetzes zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen [3], sofern ein Tarifvertrag nicht zustandegekommen ist, beim Erlaß von Durchführungsbestimmungen zum Tarifvertragsgesetz gemäß § 10 TVG sowie gemäß §§ 14 Abs. I, 18, 33 und 36 Abs. I ArbGG bei der Errichtung und der Berufung der Vorsitzenden der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte. Ferner ist das Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für die ehrenamtlichen Beisitzer in den Gerichten der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit bedeutsam [4]. Nach §§ 17 Abs. II, 19, 20, 22, 26 BPersVertrG und den Personalvertretungsgesetzen der Länder sind den Gewerkschaften ferner zahlreiche Antragsrechte zugebilligt worden.

1) BGH, in : NJW 1968, 1831

2) Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949, WiGBl. S. 55

3) Gesetz vom 11.1.1952, BGBl. I S. 17

4) Zu den Einzelheiten s. BGH, in : NJW 1968, 1831

Aus dieser gesamten gesetzlich geordneten Rechtsstellung der Gewerkschaften und den ihnen zugewiesenen öffentlichen Funktionen sind die Konsequenzen für die tarifvertragliche Regelung des Dienstrechts der Staatsangestellten zu ziehen [1]. Die öffentlichen Funktionen und die Zuständigkeit der Gewerkschaften als Tarifvertragsparteien zur Normsetzung können aus der Grundordnung des sozialen Rechtsstaates her und unter dieser Fortentwicklung des Rechtsstaatsprinzips im staatlichen und staatlich beeinflußbaren Bereich [2] erfaßt werden, dessen Ziel, die Erhaltung und Förderung der Gerechtigkeit, durch die insoweit legitime Herrschaft der Gewerkschaften mitverwirklicht wird.

Die Sozialpartner als Vertragsparteien, die für den öffentlichen Dienst die Tarifverträge abschließen,

1) Das genannte Urteil des BGH stellt nur eine notwendige Konsequenz für die verfahrensrechtliche Bestimmung über die Parteifähigkeit in § 50 Abs. I ZPO dar, die zuvor bereits von BVerfG E 17, 319 und 329 anerkannt wurde.

2) Vgl. S. 83 Anm. 1; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rn. 115 ff. führt die Verknüpfung der Tarifnormen mit der Staatsgewalt aus. Diese erscheine in der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages gemäß § 5 TVG

sind somit Inhaber öffentlicher Funktionen und Rechtsstellungen. Ihre Einigung über einen Tarifvertrag, die als politische Anteilhabe an der Rechtsbildung in unserer Gesellschaft zu werten ist, schließt die Entfaltung öffentlich-rechtlicher Rechtswirkungen der Tarifverträge nicht aus. Es ist zu klären, in welcher Weise das öffentliche Recht im Dienstrecht der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes bedeutsam sein kann.

d. Der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten als gemischtes privat- und öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis

Der privatrechtliche Charakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten kommt vor allem in dem Abschluß des Dienstverhältnisses durch Vertrag, die Möglichkeit seiner Beendigung durch Kündigung und den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zum Ausdruck. Demgegenüber ist jedoch daran zu erinnern, daß die wichtigste Komponente für den Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten der gemeinnützige Zweck der Organisation durch die zuständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts bildet. Das Grundgesetz hat das gesamte Recht des öffentlichen Dienstes unter dem Gesichtspunkt seiner Organisationen und Zuständigkeiten zur Erfüllung der Ziele der Verfassung geordnet und verlangt somit den Einfluß des öffentlichen Interesses auch für das im BAT tariflich geordnete Dienstrecht der Staatsangestellten.

Der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten kann somit bislang als "gemischtes Rechtsverhältnis" definiert werden. Es soll daher untersucht werden, ob ein Vergleich mit der Zwei-Stufen-Lehre möglich ist oder ob analog der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ein privatrechtliches Grundverhältnis und ein öffentlich-rechtliches Betriebsverhältnis unterschieden werden kann oder ob der Rechtsgedanke des Verwaltungsprivatrechts anwendbar ist.

e. Parallelen zur Zwei-Stufen-Theorie, zum Grund- und Betriebsverhältnis und zum Verwaltungsprivatrecht

aa. Parallelen zur Zwei-Stufen-Theorie

Die Zwei-Stufen-Theorie [1] grieft ein bei einer zweistufigen Abwicklung eines Rechtsverhältnisses, wenn das Grundverhältnis öffentlich-rechtlich, das Abwicklungsverhältnis dagegen privatrechtlich ist. Im Dienstverhältnis der Staatsangestellten ist dagegen umgekehrt die Begründung des Dienstverhältnisses, die mit dem Grundverhältnis vergleichbar ist, privatrechtlicher Natur, während die inhaltliche Ausgestaltung des Dienstverhältnisses im Interesse der Gemeinnützigkeit des öffentlichen Dienstes der Staatsangestellten zu einer öffentlich-rechtlichen Unterordnung tendiert [2].

1) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. III Rn. 137; BVerwG E 1, 308; 7, 89; 7, 180; BGH Z 40, 206; BGH, in : DVBl. 1964, 115; BayVerfGH, in : NJW 1961, 163

2) Vgl. hierzu unten S. 169 ff. das Anstaltsbenutzungsverhältnis

Obgleich daher der Gedanke der Zwei-Stufen-Theorie hier nicht direkt anwendbar ist, kann aus ihm für die Problemstellung der Untersuchung die Erkenntnis bestärkt werden, daß im Dienstverhältnis der Staatsangestellten privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Bindungen und Rechtsbeziehungen gleichwertig nebeneinander stehen können, und daß, wie zuvor erörtert, das öffentliche Interesse an der Ausübung der Funktionen des öffentlichen Dienstes stets auch öffentlich-rechtliche Beziehungen zur Entstehung bringt. Diese Schlußfolgerungen sind, wie im folgenden darzulegen sein wird, für die Beurteilung der Rechtsstellung, insbesondere die Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten, von grundsätzlichem Gewicht.

bb. Parallelen zum Grund- und Betriebsverhältnis

Im Beamtenverhältnis wird zwischen verwaltungsinternen Maßnahmen und Verwaltungsakten unterschieden [1]. Eine verwaltungsinterne Anordnung liegt vor, wenn die Wirkung der Anordnung sich auf die Funktion des Beamten in Ausübung der Amtspflichten beschränkt. Ein Verwaltungsakt ist gegeben, wenn sich die Wirkungen der Maßnahme auf die Rechtsstellung des Beamten als einer dem Dienstherrn mit selbständigen Rechten gegenüberstehenden Rechtspersönlichkeit erstrecken.

[1] Wolff, Verwaltungsrecht I, § 46 VII b

Bei besonderen Gewaltverhältnissen verschiedenster Art werden Maßnahmen im Grund- und Betriebsverhältnis unterschieden [1]. Maßnahmen im Betriebsverhältnis zwischen Gewaltunterworfenem und Behörde sind verwaltungsintern, Maßnahmen im Grundverhältnis sind Verwaltungsakte. An anderer Stelle bezüglich der Problematik des Verhältnisses von Amt zu Amtswalter definiert Wolff [2] das Rechtsverhältnis zwischen dem sogenannten Amtswalter und dem Träger öffentlicher Verwaltung als ein Grundverhältnis. Für die Darstellung der besonderen Problematik der Staatsangestellten ist zu unterscheiden : Dieses Grundverhältnis hat beim Beamten öffentlich-rechtlichen, beim Staatsangestellten privatrechtlichen Rechtscharakter. Es wird durch ein sogenanntes Amtswalterverhältnis zu einem bestimmten Amt ergänzt, damit der zunächst abstrakt zur Dienstleistung Verpflichtete ein bestimmtes Amt versehe. Das Rechtsverhältnis des Amtswalterverhältnisses soll als "Innenrechtsverhältnis" von dem "Außenrechtsverhältnis" des Grundverhältnisses unterschieden werden.

1) Ule, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL, Heft 15, S. 151 f.; Menger, in : Die Grundrechte, S. 744; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 189; BVerwG E 5, 154; 14, 84;
Nach anderer Auffassung sind alle im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses ergehenden verbindlichen Anordnungen Verwaltungsakte, siehe im einzelnen : Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 163 ff.; ders., Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg, in : DÖV 1959, 311; OVG Koblenz, in : DÖV 1960, 352

2) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 73 III b und c

Das Rechtsinstitut des Grund- und Betriebsverhältnisses im zuerst genannten Sinne ist im Dienstrecht der Staatsangestellten aber deshalb nicht analog anwendbar, weil im öffentlichen Dienst bezüglich des Beamtenrechts auf Grund der Besonderheiten dieses Rechtsgebietes eigene Abgrenzungskriterien entwickelt wurden. Die Rechtsmaßstäbe des Grund- und Betriebsverhältnisses bilden keine wesentlichen Abgrenzungskriterien im Recht des öffentlichen Dienstes [1]. Daher ist auch im Dienstrecht der Staatsangestellten nach den ihm eigenen öffentlich-rechtlichen Bindungen zu forschen.

cc. Parallelen zum Verwaltungsprivatrecht

Verwaltungsprivatrecht bedeutet die Betätigung unmittelbarer öffentlicher Verwaltung in privatrechtlichen Formen. Dabei werden Privatrechtsverhältnisse auf Grund hoheitlicher Entscheidung eigegangen, um in privatrechtlichen Formen unmittelbare öffentliche Verwaltungszwecke zu verfolgen [2]. In diesem Rechtsverhältnis besteht eine Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. III GG, insbesondere an den Gleichheitssatz; daneben bestehen weitergehende öffentlich-rechtliche Bindungen, wie etwa "Kontra-

1) Vgl. OVG Koblenz, in : DÖV 1960, 352; BVerwG E 14, 84; OVG Münster, in : ZBR 1957, 135; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 117 III c 2
Positiv formuliert bedeutet diese Feststellung, daß ein dienstrechtliches Rechtsverhältnis auch auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages bestehen.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II b

hierungszwang, Kündigungsbeschränkung sowie Betriebspflichten und normative Festlegung der Vertragsinhalte".

Nach den soeben durchgeführten Rechtsvergleichen kommt nur das Verwaltungsprivatrecht in Betracht, um analog auf das Dienstrecht der Staatsangestellten angewandt zu werden. Der Ausgangspunkt der funktionalen Verortung des Verwaltungsprivatrechts, daß die strenge Zweiteilung von öffentlichem und privatem Recht nicht ausreichend sei, um die Tätigkeitsformen der Verwaltung rechtlich zufriedenstellend beurteilen zu können [1], trifft gleichermaßen für das tarifvertraglich geregelte Dienstrecht der Staatsangestellten zu. Es ist somit im folgenden zu prüfen, ob öffentlich-rechtliche Bindungen der Verwaltung ähnlich wie im Verwaltungsprivatrecht auch im Dienstrecht der Staatsangestellten bestehen. Wegen Art. 1 Abs. III GG ergibt sich nur in diesem Falle die Problematik einer Beschränkung von Grundrechten durch die staatliche Gewalt. Der private Arbeitgeber unterliegt bezüglich seiner Angestellten nicht dieser Bindung, weil insoweit keine Drittwirkung der Grundrechte besteht.

[1] Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 69

f. Die öffentlich-rechtliche Zweckbindung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten

Aus dem Gedanken des Verwaltungsprivatrechts ist zu erkennen, daß die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht nicht starr und zeitbeständig ist, sondern den strukturellen Wandlungen eines bestimmten Rechtsgebietes im Laufe seiner Entwicklung Rechnung tragen muß [1]. Die Zwischenformen bloßer öffentlich-rechtlicher Bindungen privatrechtlicher Rechtsverhältnisse nötigen nicht dazu, das Dienstrecht der Staatsangestellten wegen seines äußeren Gesamtbildes ganz dem öffentlichen Recht zurechnen zu müssen. Ein derartiger Schritt bleibt einer etwaigen entsprechenden zukünftigen Rechtsentwicklung vorbehalten. Bislang ist nur erwägenswert, in welchem Maße die öffentlich-rechtlichen Komponenten die Form des Dienstverhältnisses beeinflußt haben könnten.

Der Ausgangspunkt ist bei diesen Überlegungen die ohne nähere Begründung getroffene Bemerkung Wolff's [2]: "Insgesamt ist das Recht der öffentlichen Dienstnehmer formell Arbeitsrecht, materiell weitgehend Beamtenrecht." Schon Wacke [3] stellt fest, daß sich

1) Vgl. auch Bydlinski, Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, S. 35 ff.

2) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 118 I e

3) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, 1933, S. 12 ff.; ebenso RG Z 126, 147 ff.

das Dienstrecht der Staatsangestellten immer mehr mit dem Beamtenrecht vermenge; es sei bedauerlich, daß die Betonung der rechtlichen Unterschiede beider Dienstverhältnisse in der täglichen Praxis der Verwaltungsbehörden verloren gehen. Die vertragsmäßige Anwendung des Beamtenrechts bringe die einseitige rechtliche Unterordnung des Staatsangestellten unter die Dienstkörperschaft sinnfällig zum Ausdruck. Wacke [1] bemerkt : "Dadurch wird das Rechtsverhältnis der Behördenangestellten in weitem Umfang und in materiell wichtigen Beziehungen in die Hand der Anstellungskörperschaft gelegt." Den Erörterungen Wackes stand zu dieser Zeit (1933) noch die Rechtsprechung entgegen, die noch keine Zwischenformen zwischen privatem und öffentlichem Recht anerkannte und unter Verneinung der öffentlichrechtlichen Einflüsse auf das Dienstverhältnis der Staatsangestellten die "völlige Wesensverschiedenheit" [2] des Beamten- und des Staatsangestelltenverhältnisses betonte.

In einer späteren Schrift führt Wacke [3] aus, den Einflüssen aus dem Beamtenrecht sei gemeinsam, "daß sie das Dienstrecht von der Natur des rein bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrages entfernen. Sie nähern es durch Übernahme des Beamtenrechts und durch

1) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 41; ders., in : Die Verwaltung, S. 32

2) pr. OVG 70, 117

3) Wacke, in : Die Verwaltung, S. 14

die Gewährung eines einseitigen Bestimmungsrechts für die Dienstbehörde dem öffentlichen Recht an. So prägen sie dem öffentlichen Dienstrecht eine ganz eigentümliche Gestalt auf, die es zwischen das öffentliche und das bürgerliche Recht stellt." An anderer Stelle [1] bemerkt er, daß die "Normen beider Bereiche untrennbar miteinander verwoben" seien, oder erörtert [2], "daß ein bürgerlich-rechtlicher Anstellungsvertrag zugrunde liegt, der zu dem besonderen Gewaltverhältnis führt."

W. Jellinek [3] führt schon 1932 aus, daß zwar nicht der "Begründungstatbestand" des Dienstverhältnisses, wohl aber die sonstigen innerdienstlichen Rechtsbeziehungen des Staatsangestellten zum Dienstherrn öffentlich-rechtlicher Natur sein können. Das Dienstverhältnis als ganzes könne nur dann öffentlich-rechtlich sein, wenn der "Begründungstatbestand", dem Jellinek wohl auch die Auflösungsmodalitäten des Dienstverhältnisses gleichsetzt, nicht ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag, sondern wie im Beamtenrecht ein Verwaltungsakt sei [4]. Aus diesem Grunde stelle das Dienstrecht der Staatsangestellten eine Mischform zwischen privatem und öffentlichem Recht dar.

1) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 110

2) Wacke, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL, Heft 15, S. 209

3) Jellinek, in : Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 20 ff.

4) Die Begründung des Beamtenverhältnisses stellt einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt dar, s. BVerwG, in : DVBl. 64, 1003 und Wolff, Verwaltungsrecht II, § 111, IV e 4

I. v. Münch [1] hält es für notwendig, daß "gewisse Rechtsverhältnisse wegen ihrer staatlichen Funktion (mit anderen Worten : mit dem hoheitlich handelnden Staat als Rechtspartner) öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden. Auch Maunz [2] äußert sich ähnlich : "Die rechtliche Stellung der Staatsangestellten setzt sich aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestandteilen zusammen." Er führt aus, daß der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten sich aus dem privatrechtlichen Teil des Abschlusses und der Beendigung des Dienstverhältnisses und dem öffentlich-rechtlichen Teil der inhaltlichen Ausgestaltung des Dienstvertrages durch Tarifvertrag zusammensetzt und hat offenbar keine Bedenken, dem Tarifvertrag eine öffentlich-rechtliche Wirkung zu zuerkennen. Bei dem Begriff des öffentlichen Dienstes stellt Maunz wesentlich auf den öffentlich-rechtlichen Charakter des innerdienstlichen Rechtsverhältnisses ab. Der sogenannte Begründungstatbestand des Dienstverhältnisses unterliege dagegen dem Zivilrecht und habe die formale Bedeutung für den Rechtsweg [3].

1) v. Münch, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 210

2) Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 28 I 1 und II 2; ähnlich Gerber, Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner Grundgesetzes, DVBl. 1951, 489

3) Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 62 ff.

Nach Giese [1] soll sogar schon der Vertragsabschluß bei den Staatsangestellten öffentlich-rechtlicher Art sein. Diese Auffassung steht jedoch mit der heute einheitlichen Rechtsprechung [2] in Widerspruch und ist nicht haltbar, weil der Angestellte als Arbeitnehmer im Sinne des allgemeinen Arbeitsrechts in die Verwaltung eintritt [3].

Nach Auffassung Webers [4] ist die Rechtsstellung der Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger öffentlich-rechtlich in allen ihren Rechtsbeziehungen, da in diesem Rechtsverhältnis dem vertraglichen Begründungstatbestand keine wesentliche Bedeutung zukomme. Das Rechtsverhältnis der Dienstordnungsangestellten ist dadurch gekennzeichnet, daß in §§ 349 ff., 690 ff., 978 und 1147 der Reichsversicherungsordnung sowie den §§ 185 ff. des Reichsknappschaftsgesetzes dem Beamtenrecht

1) Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 62 ff.

2) BAG, in : ZBR 1955, 191; BSG, in : DVBl. 1956, 653; OVG Münster, in : RiA 1956, 316; BAG, in : JZ 1956, 169; BVerwG, in : DVBl. 1956, 267; ebenso die h.M. in der Literatur : Wacke, Die Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften im Dienstrecht der Angestellten, ZBR 1955, 229 ff.; Clemens, Art. 33 Abs. V des Grundgesetzes und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 65 ff.

3) Vgl. unten S. 100 ff.

4) Weber, Die Rechtstellung der Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger, ZBR 1955, 129 ff.; ebenso Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, § 13; ähnlich Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, 1933, S.363 ff.

angenäherte gesetzliche Regelungen bestehen. Für die vorliegende Studie soll auf ihre besondere Problematik jedoch nicht eingegangen werden, da es sich insoweit um eine spezielle Gruppe von Staatsbediensteten handelt.

Aus den vorstehenden allgemeinen Erwägungen ist der Schluß zu ziehen, daß die Begründung des Dienstverhältnisses durch Vertrag das Entstehen öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten der Staatsangestellten nicht ausschließt. Zwischen dem sogenannten Begründungstatbestand, dessen Definition auch die Beendigung des Dienstrechtverhältnisses umfassen soll, und der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses besteht ein Gemengelage von privatem und öffentlichem Recht. Das bedeutet zunächst, daß die innerdienstliche Abhängigkeit, das - auch außerdienstlich bedeutsame - Dienst- und Treueverhältnis und die hieraus folgende Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten öffentlich-rechtlicher Natur sein müssen.

Ähnlich dem Verwaltungsprivatrecht gilt für das Dienstrecht der Staatsangestellten, das gleichfalls unmittelbar den Aufgaben öffentlicher Verwaltung dient, grundsätzlich Privatrecht. Bei der Ausübung des Privatrechts unterliegt die Verwaltung jedoch außerdem den Bindungen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Die Privatautonomie der zuständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts ist also begrenzt durch öffentlich-rechtliche Bindungen.

Ein Beispiel tatsächlicher Art mag hierfür sein, daß in Krisenzeiten auch die Staatsangestellten das Los des Staates teilten und nicht im Gegensatz oder in unterschiedlicher Behandlung zur Berufsgruppe der Beamten entlassen wurden [1]; das zivilrechtliche Kündigungsrecht wurde auch in diesen Zeiten nicht praktiziert. Es ist allerdings nicht ersichtlich, ob der Staat sich damals schon im privatrechtlichen Beendigungstatbestand mehr öffentlich-rechtlich denn politisch gebunden fühlte. Nach dem bisherigen Gang der Darlegungen dieser Untersuchung kommt für dieses Rechtsverhältnis eine öffentlich-rechtliche Bindung grundsätzlich gerade nicht in Betracht.

Die öffentlich-rechtlichen Bindungen bestehen zunächst nur im innerdienstlichen Rechtsverhältnis der Staatsangestellten. Im privatrechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestand können derartige Rechtsbindungen der Verwaltung aber dann bestehen, wenn etwa Verwaltungsverordnungen Grundsätze aufstellen, nach denen Anstellungsverträge mit Staatsangestellten abzuschließen sind, oder nach denen die Auslegung und Handhabung der sie betreffenden Gesetze und Tarifverträge erfolgen soll. Hier ist kein rechtlich durchgreifender Gesichtspunkt gegen

1) Wacke, Aussprache, in : VVDStRL, Heft 13, S. 177 und 180; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 9 ff.; ders., in : Die Verwaltung, S. 26; ders., Empfiehlt sich ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes?, ZStW 100, S. 191; ders., Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 211 ff.; vgl. ferner BVerfG, in : JZ 1954, 88 ff.

die Nichtanwendung des Gleichheitssatzes und der sonstigen öffentlich-rechtlichen Bindungen [1] ersichtlich. Andererseits ist auch kein Argument dafür gegeben, daß diese Verwaltungsbestimmungen Bestandteil des zivilrechtlichen Vertrages der Staatsangestellten sein können [2]. Daher richtet sich beispielsweise unter den gegebenen Voraussetzungen auch im sogenannten Beendigungstatbestand die Wirksamkeit einer Kündigung danach, ob etwa im innerdienstlichen Bereich unter eine diesbezüglich Verwaltungsbestimmung ohne grobe Mängel subsumiert worden ist.

Abschließend ist somit festzustellen, daß für das Dienstverhältnis der Staatsangestellten formell Privatrecht gilt. Diese formelle Seite hat Bedeutung für den Rechtsweg und den Rechtscharakter des sogenannten Begründungs- und Beendigungstatbestandes des Dienstverhältnisses. Die privatrechtlichen Formen, die ihrerseits von beamtenrechtlichen Regelungen beeinflußt wurden, haben aber die öffentlich-rechtlichen Komponenten des Dienstverhältnisses materiell stark durchdrungen, da die Dienstbehörde insoweit mit den Mitteln des Privatrechts unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt und den Staatsangestellten

1) s. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II b 3

2) Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 56

gegenüber als übergeordnete staatliche Gewalt auftritt [1].

Die Rechtsstellung der Staatsangestellten ergibt sich in erster Linie aus ihrer beruflichen Einordnung in eine für die Erledigung öffentlicher Aufgaben zuständige juristische Person des öffentlichen Rechts [2]; sie folgt daher in erster Linie aus der Wahrnehmung der staatlichen Dienste im Interesse der Gesamtheit der Staatsbürger. Im Gegensatz zu diesen öffentlichrechtlichen Pflichten der Staatsangestellten kommen deren Rechte, die an den Pflichten zu messen sind, erst in zweiter Linie in Betracht; der Sinn und Zweck dieser Pflichten folgt nicht aus einer abstrakten Zielsetzung, sondern wird begrenzt durch den im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Funktionszweck des gesamten öffentlichen Dienstes.

In gleicher Weise knüpft die Verweisung des Art. 33 Abs. V GG auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums an die staatliche Organwalterstellung der Beamten als Inhaber eines Amtes und Repräsentanten

1) Siehe den Fall BGH, in : DÖV 1960, 344, wonach für die Anordnung einer vorgesetzten Behörde an eine nachgeordnete Behörde, einen bestimmten Staatsangestellten zu entlassen, die Ausübung hoheitlicher Gewalt angenommen wurde.

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 15; Wacke, in : Die Verwaltung, S. 21, 25

einer Staatsidee an, also an die dienende Funktion ihres öffentlichen Dienstes, nicht dagegen an die Gewährung von Freiheiten gegenüber dem Staat [1]. Demzufolge gehören auch der Schutz wohlerworbener Rechte im Sinne des Art. 129 Abs. I Satz 3 WRV sowie die Gewährleistung besonderer Rechte oder die Ausgestaltung einzelner Rechte und Pflichten der Beamten und der Grundrechtsschutz einschließlich der Freiheit der Meinungsäußerung nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums [2].

Die Beamtengesetze stellen nur eine Fallgruppe der Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses im Sinne des Art. 33 Abs. IV GG dar. Das Grundgesetz läßt im Bereich der öffentlichen Verwaltung eine vielfältige Abstufung öffentlich-rechtlicher Zweckbindungen zu, die sich augenfällig in den sog. beamtenähnlichen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnissen äußern [3]. Auch die Beamtengesetze hindern nicht die Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten, da sie kein Verbot enthalten, eine öffentlich-rechtliche Zweckbindung eines Dienst- und Treueverhältnisses außerhalb ihres Geltungsbereiches zu begründen.

1) Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 160 f.

2) Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die Demokratie, S. 37; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Erl. VII 3 e; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 55

3) Pieck, Beamtenähnliche öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, DÖV 1966, 221

Die Auffassung [1], die das Dienstrecht der Staatsangestellten in den Bereich des Arbeitsrechts verweist, ist somit abzulehnen. Ihr steht die Rechtsentwicklung entgegen [2]. Trotz der festgestellten öffentlich-rechtlichen Bindungen und Unterordnung bleibt die grundsätzliche privatrechtliche Rechtsnatur des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten in Analogie zum Rechtsinstitut des Verwaltungsprivatrechts bestehen. Der privatrechtliche Begründungs- und Beendigungstatbestand unterliegt regelmäßig, das heißt bei Fehlen einer diesbezüglichen Verwaltungsbestimmung, keiner öffentlich-rechtlichen Bindung und Unterordnung unter die Zwecke der Verwaltung.

Der Geltungsbereich des Art. 33 Abs. IV GG wird durch die obigen Feststellungen nicht verändert, da dem Verfassungsgesetzgeber die Tatsache der Unterordnung der Staatsangestellten unter die Zwecke der Verwaltung bekannt war; Art. 33 Abs. IV GG erstreckt sich daher nur auf die herkömmlichen, vollkommenen und nicht auf die nur teilweise öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisse.

1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 237 f.

2) BGH, in : DÖV 1960, 344; schon RArbG, in : ArbS 42, 10 und Wacke, Öffentliches Dienstrecht, S. 19 und Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 29, 35, 36 nahmen eine beamtenähnliche Gebundenheit für das Dienstverhältnis der Staatsangestellten an, das durch sein enges Verhältnis zum Beamtenrecht gekennzeichnet sei und gleich diesem sich von einem "freien Arbeitsverhältnis" zu einer "pflichtgebundenen Rechtsstellung" entwickelt habe.

II. Die Bedeutung des Art. 33 Abs. V GG für das Dienstrecht der Staatsangestellten

1. Der Geltungsbereich des Art. 33 Abs. V GG

Nach Art. 33 Abs. V des Grundgesetzes ist das "Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln". Im folgenden ist die Bedeutung dieser Vorschrift für das Dienstrecht der Staatsangestellten zu untersuchen [1]. Im Gegensatz zu Art. 33 Abs. IV GG bezieht sich Abs. V auf den öffentlichen Dienst in allen Tätigkeitsformen, also sowohl den hoheitlichen wie den nichthoheitlichen.

Es ist aber fraglich, ob in den Begriff des "Rechts des öffentlichen Dienstes" des Art. 33 Abs. V GG auch das Dienstrecht der Staatsangestellten einbezogen ist. Die Auffassungen hierüber sind geteilt. Nach einer Meinung [2], für die

1) Zum Geltungsbereich im übrigen s. Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 34

2) Gerth, Das unmittelbare und das mittelbare Beamtenverhältnis, ZBR 1953, 209, 210; Giese, Das Berufsbeamtentum als Grundpfeiler des demokratischen und sozialen Rechtsstaats, NDBZ 1956, 134; Grewe, in : 39. Deutscher Juristentag, S. 29; Gerber, Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner GG, DVBl. 1951, 494; Gerth, Das Recht des öffentlichen Dienstes, DöD 1955, 21; Mestern, in : Neues Beamtentum, S. 43; Naumann, in : Der Beamtenbund, 1951, S. 163; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 32, 35, 36, 66 und 70 Anm. 19

Wacke [1] als führend bezeichnet werden kann, bezieht sich Art. 33 Abs. V GG auch auf das Dienstrecht der Staatsangestellten, und zwar ganz allgemein auf das gesamte öffentliche Dienstrecht der Beamten, Angestellten und Arbeiter. Wacke deutet den Begriff "Recht des öffentlichen Dienstes" in seinem weiteren Sinne, als auf das gesamte Recht des öffentlichen Dienstes bezogen, "auch soweit es bürgerlichrechtlich geordnet ist" [2]. Er leitet daraus die verfassungsrechtliche Garantie des Staatsangestelltentums her [3].

Wie bereits am Anfang des zweiten Teils [4] dieser Untersuchung bei der Erörterung über den Begriff des öffentlichen Dienstes festgestellt wurde, ergibt die Entstehungsgeschichte diese Deutung des Wortlauts nicht, vielmehr sollte Art. 33 Abs. V GG ausdrücklich

1) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 27, 30, 31; ders., in : Neues Beamtentum, S. 165, 166 und 173; ders., Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, S. 6 ff. und 25 ff.

2) Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 162

3) Wacke, Die Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften im Dienstrecht der Angestellten, ZBR 1955, 231; ders., Empfiehlt sich ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes?, ZStW 100, 190; ebenso Weber, Die Rechtsstellung der Dienstordnungsangestellten der Sozialversichsrungsträger, ZBR 1955, 129 ff.; a.A. die h.M., vgl. BGH Z 9, 322 ff.; BAG, in : ZBR 1955, 375; BVerfG, in : JZ 1954, 88

4) s. o. S. 47

nur auf Berufsbeamte bezogen werden.

Der genannte [1] Art. 29 der Hessischen Verfassung, wonach für alle Angestellten, Arbeiter und Beamten ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen ist, ist nach der Wackeschen Auffassung nicht mit Art. 33 GG vereinbar, da nach dieser Deutung die Eigenständigkeit des Dienstrechts der Staatsangestellten, die grundgesetzlich garantiert sei, nicht mehr gewahrt werde. Aus der genannten Regelung des § 88 BetrVG, die die Staatsangestellten aus dem Bereich der Wirtschaft gelöst und ihre Vertretung nach eigenen Bundes- sowie Landespersonalvertretungsgesetzen geregelt hat, zieht Wacke den Schluß, dies sei eine Bestätigung dafür, daß wegen der verfassungsrechtlichen Festlegung des Beamtenrechts auf seine hergebrachten Grundsätze auch das gemäß Art. 73 Ziff. 8 und 75 Ziff. 1 GG öffentliche Dienstrecht der Staatsangestellten in seinen Grundlagen den beamtenrechtlichen Prinzipien folgen muß. Unter Berücksichtigung des § 93 BBG, der die Personalvertretung der Beamten bestimmt, seien nunmehr Personalvertretungen des gesamten öffentlichen Dienstes geschaffen worden. Auf diesem Gebiete des Gesamt-Personalrechts des öffentlichen Dienstes dürfe das positive Recht nur in der Weise angewendet und ausgelegt werden, daß es die Anforderungen des staatlichen Dienstes, die im Beamtenrecht besonders stark ausgeprägt seien, berücksichtigte.

[1] s. o. S. 8

Mit seiner These, daß das Dienstrecht der Staatsangestellten notwendigerweise nach dem Beamtenrecht auszurichten sei, schießt Wacke aber über das Ziel hinaus. Allgemeiner Auffassung [1] nach war die Einordnung des Peronalrechts der Staatsangestellten in das allgemeine Betriebsverfassungsrecht als sehr mißlich empfunden worden. Aus diesem sollte das Staatsangestelltentum davon losgelöst und eine eigene "Dienstbetriebsverfassung" [2] des öffentlichen Dienstes geschaffen werden. Entgegen Wackes Auffassung hat aber keiner der Beteiligten daran gedacht, die geforderte eigene Dienstbetriebsverfassung der Staatsangestellten dem Personalrecht der Beamten zu unterstellen. Wacke geht offenbar nicht davon aus, daß es im öffentlichen Dienst gleichwertige, historisch nebeneinander gewachsene Rechtsgebiete der Beamten und Staatsangestellten gibt. Aus der Tatsache bisheriger starker Einflüsse des Beamtenrechts auf das Recht der Staatsangestellten läßt sich aber noch keine rechtliche Notwendigkeit für dessen Kraft als einem "vereinheitlichendem Faktor" [3] beider Rechtsgebiete herleiten.

Die Argumentation Wackes [4], unabhängig vom Bestehen des Art. 33 Abs. V GG könne durch Tarifvertrag geregelt werden, daß das Dienstrecht der Staatsangestellten

1) Mestern, in : Neues Beamtentum, S. 64

2) Mestern, a.a.O.

3) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 110 ff.; ders., Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 281

4) Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, S. 49

nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu regeln sei, mag zwar tarifrechtlich begründet sein, kann jedoch nicht aus Art. 33 Abs. V GG hergeleitet werden oder gar eine derartige Forderung des Art. 33 Abs. V GG selbst begründen.

Der Ausgangspunkt Wackes erscheint als überholt, wenn man berücksichtigt, daß auch vom Dienstrecht der Staatsangestellten heute starke Impulse auf das Beamtenrecht ausgehen, wie beispielsweise durch die näher zu erörternde Institution der Betriebsverfassung, den Gedanken des Streikrechts, die Institution der Tariffähigkeit und den Gewerkschaftsbegriff im öffentlichen Dienst. Über diese Rechtsinstitute erfolgen mittlerweilen Ausstrahlungen des Arbeitsrechts auf das gesamte öffentliche Dienstrecht. Der umgekehrte Fall der "vereinheitlichenden Kraft des Beamtenrechts" [1] kann daher nicht mehr einseitig unterstellt werden. Es erscheint durchaus vertretbar, nach dem Sinn für das Vorhandensein mehrerer Personalrechte im öffentlichen Dienst zu fragen. Wie in der Einleitung dieser Studie festgestellt wurde, sprechen dafür keine modernen, sondern überkommene historische Gesichtspunkte. Wackes Argumentation ist in dieser Hinsicht widersprüchlich, da auch er an anderen Stellen [2] die Eigenständigkeit

1) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 110

2) Wacke, Die Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften im Dienstrecht der Angestellten, ZBR 1955, 231; ders., in : Neues Beamtentum, S. 166; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 18 ff.

des Dienstrechts der Staatsangestellten betont, für die auch nach seiner Auffassung die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bewahrt werden soll. Der Eigenständigkeit des Rechts der Staatsangestellten widerspricht aber letzlich der Vorrang des Beamtenrechts.

Der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen öffentlichen Dienstrechts müßte ein Rechtsgebiet des öffentlichen Dienstes zum Opfer gebracht werden. Eine uneingeschränkte Berücksichtigung hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums im Dienstverhältnis der Staatsangestellten würde aber letzlich dieses Dienstverhältnis beseitigen [1]. Die Auffassung Wackes steht daher auch im Widerspruch zu Art. 33 Abs. IV GG, der gerade von dem Bestehen eines derartigen Dienstverhältnisses ausgeht, und zu seiner These der verfassungsrechtlichen Garantie des Staatsangestelltentums.

Auch dem Argument, die Bestechungsverordnung sei ein Beispiel für die allgemeine Übertragung beamtenrechtlicher Prinzipien auf das Staatsangestelltentum, kann nicht gefolgt werden. Die Verkündungsdaten dieser Verordnung zeigen vielmehr, daß es sich um kriegsbedingte Maßnahmen zur Hebung der Sicherheit der öffentlichen Verwaltungen handelt, die mit den Erweiterungen der Straftatbestände der §§ 331, 332 und

[1] Fischbach, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, DVBl. 1951, 524 bezeichnet Wackes Auffassung als "absurd"; vor allem aus finanzrechtlichen Gründen und wegen des Planstellensystems sei das Recht der Staatsangestellten ein eigenständiges Rechtsgebiet

333 StGB zusammenhängen. Sie tragen somit keinen ursprünglich dienstrechtlichen Charakter.

Die bisherige Anlehung an die beamtenrechtlichen Regelungen hat ihre Ursache darin, daß das Beamtenrecht klarer formuliert und traditionell kodifiziert ist. Durch die Rechtsentwicklung hat heute das Beamtenrecht und das den Beamten eigene Ethos an Bedeutung verloren und ist vielfach fragwürdig geworden, demgegenüber gewinnt das dynamischere Dienstverhältnis der Staatsangestellten an Anziehungskraft [1]. Die Tendenz zur Übernahme arbeits- und tarifrechtlicher Prinzipien in das Beamtenrecht zeigt sich beispielsweise in der besoldungspolitischen Diskussion um das Alimentations- oder Leistungsprinzip und die Bewertung von Beamtenstellen nach Maßgabe der Tätigkeitsmerkmale von Tarifgruppen des BAT [2].

Die moderne Industriegesellschaft und der seit dem Zusammenbruch von 1945 vorangetriebene Verlust von Autoritätsvorstellungen sowie auch die Demokrati-

1) Juncker, Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet? ZBR 1967, 65 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 I b; Thieme, Beamtentum im Wandel, DÖV 1968, 405 ff.; ders., Für eine Totalrevision des GG, ZRP 1969, 33; Kümmel, Ist der Beamtenberuf noch erstrebenswert?, RiA 1959, 369 ff.

2) Hartfiel, in : Das Mitbestimmungsgespräch, 1965, 137
Nach dem oben S. 34 Anm. 1 erwähnten Hochschulgesetz sind das Beamtenverhältnis und das privatrechtliche Dienstverhältnis austauschbar

sierung, Egalisierung und Politisierung des öffentlichen Dienstes und der Verwaltung haben die besondere soziale Stellung der Beamten in der allgemeinen Vorstellung an Ansehen verlieren lassen. Nicht zuletzt durch die Wirkung der Parteiendemokratie, die sich nach anderen Ausleseprinzipien als der Obrigkeitsstaat richtet, hat das politisch-neutrale Berufsbeamtentum an Geltung verloren. Anstelle der früher bestimmenden institutionellen Kräfte haben nunmehr nichtinstitutionelle Organisationen der Parteien und Verbände weitgehend an Einfluß auf die Exekutive [1], wie bereits oben am Beispiel der zunehmenden öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften gezeigt wurde, gewonnen. Neben den Parteien und kirchlichen Organisationen üben auch die wirtschaftlichen Interessenverbände bei der Vergabe von Stellen des öffentlichen Dienstes einen bedeutsamen Einfluß aus. Dadurch sind Prestige und Ansehen des Berufsbeamtentums gesunken, auf Seiten des Staatsangestelltentums wegen seiner größeren Anpassungsfähigkeit eher gestiegen. Die berechtigte Forderung der Rechtsprechung [2], das Berufsbeamtentum solle das natürliche Gegengewicht gegen Interessenverbände und Sondergewalten bilden, erscheint mehr programmatischer Natur.

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 I b; Weber, in : Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 150; Thieme, Verwaltungslehre, S. 46, 47; Partsch, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, S. 18

2) Nach BVerfG E 8, 16; 11, 216 soll es Aufgabe des Berufsbeamtentums sein, "eine stabile Verwaltung zu sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften zu bilden".

Aus diesem Grunde ist dem Ausgangspunkt der von Wacke angeführten Meinung nicht mehr zu folgen. Bedeutsam für den Standpunkt der überwiegenden Auffassung ist, daß der Abgeordnete v. Mangoldt, der als Mitglied des Parlamentarischen Rates der Materie nahe stand, sich nicht auf die Wackesche Auslegung des Art. 33 Abs. V GG festgelegt hat [1]. Somit ist zu folgern, daß Art. 33 Abs. V GG kein "Einheits-Dienstrecht"[2] des öffentlichen Dienstes fordert und nicht vorschreibt, das Dienstrecht der Staatsangestellten nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu regeln [3].

1) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Erl. III 1

2) Ule, in : Die Grundrechte, S. 550

3) BVerfG E 3, 162; 9, 285; Ule, in : Die Grundrechte, S. 551; Jess, in : Bonner Kommentar, Art. 33 Anm. II 5; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 46; Leibholz-Rinck, GG, Art. 33 Rn. 4; Fischbach, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, DVBl. 1951, 525; Clemens, Art. 33 Abs. V des Grundgesetzes und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 66; Fischbach, Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, DÖV 1951, 455; Grabendorf, Verfassungsrechtliche Prolegomena zum Personalvertretungsrecht und zur Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, DVBl. 1952, 326

2. Spezielle Bindungen des Dienstrechts der Staatsangestellten an hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums

Trotz der einschränkenden Auslegung des Art. 33 Abs. V GG können die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums für das Dienstrecht der Staatsangestellten Bedeutung haben. Nicht nur bei den Dienstordnungsangestellten [1] ist das Dienstrecht der Angestellten in hohem Maße mit beamtenrechtlichen Bestandteilen durchsetzt. Die Annäherung und Angleichung des Dienstrechts der Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes wird vom Grundgesetz zwar nicht gefordert, andererseits aber auch nicht verboten. Die wechselseitige Durchdringung beider Rechtsgebiete ist juristisch unbedenklich. Das Grundgesetz fordert jedoch nicht die einseitige Ausrichtung des Dienstrechts der Staatsangestellten nach dem Beamtenrecht; dies führte in letzter Konsequenz zu einer Auflösung des Staatsangestelltentums, da die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums ein vollkommen, nicht nur teilweise gebundenes öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis verlangen [2].

Das für die Staatsangestellten bestehende gesteigerte Treueverhältnis folgt nicht aus Grundsätzen des Beamtenrechts, sondern aus der wahrgenommenen Funktion und soll der Allgemeinheit eine Gewähr für eine ver-

1) s. o. S. 97 f.

2) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Anm. VII 3 d 2; Ule, in : Die Grundrechte, S. 571; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 54

läßliche Verwaltung geben. Äußerlich in ihren Rechtsfolgen mit dem Beamtenrecht übereinstimmende Regelungen brauchen sich nicht in ihrem materiellen Gehalt gleichen. Clemens [1] meint dazu : "... soweit Regelungen für Beamte und Angestellte äußerlich übereinstimmen, ist ihr materieller Gehalt entweder doch verschieden oder sie zählen auch bei den Beamten nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums oder tragen überhaupt keinen dienstrechtlichen Charakter und sind lediglich die Folge einer auf Teilbereichen übereinstimmenden Funktion".

Das stützt die im Schrifttum vertretene Auffassung, daß die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nur diesem wesenseigen sind [2]. Ihre Übertragung und Geltung für das Dienstrecht der Staatsangestellten kommt nur in analoger Form in Betracht [3]. Diese Anpassung ist allerdings in hohem Maße schon vollzogen. Es ist zu untersuchen, in welchem Maße beamtenrechtliche Normen das Dienstverhältnis der Staatsangestellten durchdrungen haben, da sich aus den Besonderheiten ihres Dienstverhältnisses eigene rechtliche Maßstäbe für eine Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten ergeben können.

1) Clemens, Art. 33 Abs. V des Grundgesetzes und die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer, ZBR 1956, 67

2) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Erl. VII 1; Neues Beamtentum, S. 138; Leitsatz C I; BVerfG E 3, 186

3) Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33, Erl. VII 1; BVerfG E 3, 186

2. A b s c h n i t t

Der Einfluß beamtenrechtlicher Normen auf die Beurteilung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten

I. Die rechtlichen und praktischen Unterschiede tarifvertraglicher und gesetzlicher Rechtsgrundlagen der Dienstverhältnisse

1. Die tarifvertraglichen Rechtsgrundlagen

Die arbeitsrechtliche, tarifvertragliche Regelung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten besteht nur formell. Die inhaltliche Ausgestaltung des Dienstverhältnisses richtet sich nach dem mit öffentlich-rechtlichen Bindungen auszulegenden und zu ergänzenden Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT). Die auf eine bürgerlich-rechtliche Regelung hindeutende Bezeichnung des BAT ist historisch zu verstehen aus dem Kampf der Gewerkschaften als den Fordernden gegen den Staat als deren Gegner.

Nach § 1 Abs. I TVG sind die Tarifvertragsnormen keineswegs nur unverbindliche Programmsätze und Richtlinien, die der Privatautonomie des Einzelnen unterfallen. Vielmehr haben sie besondere Bedeutung in ihrer Eigenschaft als Rechtsnormen, und zwar als grundsätzlich zwingendes Recht [1]. Diese Rechtsfolge ergibt

[1] Vgl. Ebert, in : Die Personalvertretung, 1966, 113

sich aus § 4 Abs. I Satz 1 TVG, Danach besteht die negative Wirkung der Tarifvertragsnormen darin, daß sie nicht durch abweichende Vereinbarungen ersetzt werden können, und die positive Wirkung, daß sie ohne weiteres den Inhalt eines jeden unter ihren Geltungsbereich fallenden Dienstverhältnisses bestimmen. Das Wesen der negativen Wirkung besteht darin, daß sie als dem Gesetz gleichrangiges Verbot Abweichungen in bestimmtem Umfange verbietet. Die Begrenzung der negativen Wirkung erfolgt durch das auch im öffentlichen Dienst geltende Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. III TVG [1]. Danach sind nur solche Abweichungen verboten, die den Angestellten ungünstiger stellen als die entsprechende Tarifvertragsnorm. Der Verzicht auf tarifliche Rechte und deren Verwirkung sind grundsätzlich ausgeschlossen [2].

Die Qualität der tarifvertraglichen Normen als Rechtsnormen besteht gemäß § 4 Abs. I Satz 1 TVG im Verhältnis der beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen [3]. Diese Fähigkeit zur Rechtsetzung haben nur die durch §§ 3 und 5 Abs. IV TVG bestimmten Institutionen, die Tarifvertragsparteien sind. Der Geltungsbereich der von ihnen getroffenen Abmachungen erstreckt sich zunächst nur auf die tarifgebundenen Personen, also

1) Vgl. BAG, in : AP Nr. 2 und Nr. 3 zu § 4 TVG ; Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, § 58 I 4

2) § 4 Abs. IV Satz 1 und 2 TVG

3) Vgl. §§ 1 - 3, 73 BAT

solche, die als Mitglieder den tarifabschließenden Verbänden angehören.

Der Kreis der tarifgebundenen Personen kann aber durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages erweitert werden. Sie erfolgt gemäß § 5 TVG als eine Maßnahme einer staatlichen Behörde, des Bundesarbeitsministeriums, in Zusammenarbeit mit einem Tarifausschuß. Diese staatliche Maßnahme soll nach einer Meinung ein Verwaltungsakt sein, nach anderer Auffassung ist sie gegenüber den Außenseitern eine Rechtsverordnung [1]. Sie bezieht sich arbeitsrechtlich nur auf den normativen Teil des Tarifvertrages. Dieser Teil enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen. Hiervon ist der schuldrechtliche Teil zu trennen, der diejenigen Bestimmungen enthält, die Pflichten und Rechte der Tarifvertragsparteien gegeneinander, nicht aber ihrer Mitglieder, der einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, zum Inhalt haben.

Diese von arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten bestimmten Rechtsgrundsätze gelten auch für das Dienstrecht der Staatsangestellten. Für die öffentlichen Angestellten des Bundesdienstes bestimmt § 191 BBG exemplarisch, daß die genannten Grundsätze uneingeschränkt gelten. Die Rechtswirkungen des hier interessierenden normativen Teils des Bundes-Angestelltentarifvertrages treten somit nur dann ein, wenn die beteiligten Personen tarifgebunden sind. Die Geltung des BAT für die

1) Vgl. zusammenfassend Bettermann, in : Festschrift für Nipperdey, S. 723 ff. ; Nipperdey-Heussner, in : Staatsbürger und Staatsgewalt, Band I, S. 211 f.

Staatsangestellten setzt somit voraus, daß sie entweder Mitglied des den Tarifvertrag abschließenden Verbandes sind oder aber der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

Bezüglich des BAT, der seit seinem Entstehen im Jahre 1961 zu Beginn eines jeden Jahres erneut abgeschlossen wurde, hat es sich eingebürgert, daß dieser nicht für allgemeinverbindlich erklärt wird [1]. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist auch für die Zukunft nicht beabsichtigt [2]. Gegenüber Staatsangestellten, die nicht Gewerkschaftsmitglieder sind, ist die Regelung des BAT daher theoretisch nicht zwingend. Allerdings hat es sich hier im Interesse aller Beteiligten eingebürgert, die tarifvertraglichen Bestimmungen auf alle Staatsangestellten anzuwenden. Aus einem anderen Grunde jedoch besteht die Möglichkeit einer einzelvertraglichen Gestaltung eines Dienstverhältnisses eines Staatsangestellten nicht mehr, da alle öffentlichen Dienstherrn sich in arbeitsrechtlichen Vereinigungen zusammengeschlossen haben [3]. Dadurch ist das Dienstrecht der Staatsangestellten in ganz anderer Weise als das Beamtenrecht, aber doch gewohnheitsmäßig eine generell-abstrakte, verbindliche Regelung geworden. Eine

1) Rudolph, Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien und Vereinigungen, DVBl. 1967, 647

2) Crisolli-Tiedtke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, Vorbem. 12 und 23

3) Siehe die Präambel zum BAT

Allgemeinverbindlichkeitserklärung hätte aus diesem Grunde nur deklaratorische Bedeutung.

Der Tarifvertrag ist daher die wesentliche, verbindliche Rechtsgrundlage des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten, deren dienstrechtliche Pflichtenbindung daneben noch durch spezielle Gesetze konkretisiert wird.

2. Das Gesetz als Rechtsgrundlage des Beamtenverhältnisses

Die Regelung des Dienstverhältnisses der Beamten bestimmt sich nach gesetzlichen Vorschriften. Der öffentlich-rechtliche Rechtscharakter des Dienstverhältnisses läßt von vornherein die Anwendung des Prinzips der Vertragsfreiheit nicht zu. Das im Dienstrecht der Staatsangestellten jedenfalls theoretisch geltende Günstigkeitsprinzip [1] findet im Beamtenrecht von Gesetzes wegen keine Anwendung [2]. Die Möglichkeit einer Abweichung bei der Gestaltung des Dienstverhältnisses von den gesetzlichen Normen des Beamtenrechts besteht nur, soweit es ausnahmsweise gesetzliche Vorschriften gibt, die nicht zwingender Natur sind. Das Gleiche gilt für die tariflichen Bestimmungen des BAT.

1) Nach § 4 Abs. III TVG sind von den Tarifverträgen "abweichende Abmachungen nur zulässig, soweit sie durch Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten." Vgl. im übrigen oben S. 116

2) § 50 Abs. IV BRRG; §§ 183 Abs. I und 155 Abs. II BBG; § 229 LBG; vgl. im Gegensatz dazu § 183 Abs. II BBG

Hinsichtlich der Rechtswirkungen bestehen daher keine wesentlichen Unterschiede zwischen der tarifvertraglichen und gesetzlichen Rechtsgrundlage des öffentlichen Dienstes. Während die eine a priori öffentlich-rechtliche Regelungen enthält, ist die andere eine arbeitsrechtliche Regelung mit öffentlich-rechtlichen Rechtswirkungen. Es ist jedoch im einzelnen zu klären, welche Unterschiede in den Begründungs- und Beendigungsmodalitäten und in den Pflichtenbindungen beider Dienstverhältnisse bestehen.

3. Die Unterschiede in den Begründungs- und Beendigungsmodalitäten der Dienstverhältnisse

Die einzelnen Modalitäten der Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten, das Rechtsinstitut des Arbeitsvertrages und die Kündigung, entstammen dem Arbeitsrecht und gelten für die Staatsangestellten mit den durch den öffentlichen Dienst gebotenen Besonderheiten. Das Dienstverhältnis wird durch schriftlichen Abschluß eines privatrechtlichen Dienstvertrages unter Mitwirkung des Personalrats gemäß § 70 Abs. I Satz b Ziff. 1 BPersVertrG und § 69 Abs. I Satz b Ziff. 1 LPVG begründet. Im Gegensatz dazu erfolgt die Anstellung im Beamtenrecht durch öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt [1]. Die zur Ernennung nach § 5 BRRG erforderliche Aushändigung der Ernennungsurkunde hat gemäß § 5 Abs. III BRRG konstitutive Bedeutung. Dagegen ist die nach § 4 BAT erforderliche Schriftform nur von deklatorischer Bedeutung.

[1] Wolff, Verwaltungsrecht II, § 111 IV d

Für das Beamtenverhältnis zeigt sich in den Begründungs- und Beendigungsmodalitäten die stärkere gegenseitige Bindung des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses. Fehler bei der Begründung des Dienstverhältnisses werden nicht durch bürgerlich-rechtliche oder sonstige Anfechtungstatbestände erfaßt [1]. Die Anstellung von Staatsangestellten ist nicht an die Wahrnehmung bestimmter Aufgabenbereiche gebunden, wie § 2 BRRG dies für Beamte vorsieht. Die Funktionsaufteilung des Art. 33 Abs. IV GG verbietet im Einzelfall nicht die Einstellung eines Staatsangestellten zur Wahrnehmung bestimmter hoheitlicher Funktionen. Dagegen ist nach § 2 BRRG die Berufung eines Beamten nur zur Wahrnehmung nichthoheitsrechtlicher Aufgaben untersagt.

Die Beendigungsmodalitäten des Dienstverhältnisses stimmen insofern überein, als das Dienstverhältnis ohne Mitwirkung der Beteiligten erlöschen kann. Beim Beamten sind die wichtigsten Gründe hierfür der Eintritt in den Ruhestand und gleichermaßen wie bei den Staatsangestellten die Beendigung durch Tod. Ferner gibt es nach den Beamtengesetzen eine dem Enumerationsprinzip des § 59 BRRG unterfallende und in § 21 BRRG erläuterte weitere Anzahl von Gründen, die das Ausscheiden kraft Gesetzes sowie die Entlassung durch Verwaltungsakt aus dem Dienstverhältnis betreffen [2].

1) Wolff, a.a.O., § 119 I b

2) s. die Zusammenstellung in : Wolff, Verwaltungsrecht II, § 113

Die wichtigsten Gründe der Beendigung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten sind die Beendigung durch Ablauf der Dienstzeit und die Berufs- und Erwerbsunfähigkeit. Der von Wolff [1] angeführte weitere bürgerlichrechtliche Grund der Vereinbarung entbehrt wegen der regelmäßigen Inanspruchnahme der beiderseitigen Kündigungsmöglichkeit einer praktischen Bedeutung.

Der wesentliche Unterschied beider Dienstverhältnisse, der Bedeutung für die berufliche Sicherheit hat, besteht in dem Rechtsinstitut der Kündigung. Sie unterliegt jedoch im öffentlichen Dienst im Gegensatz zur arbeitsrechtlichen Kündigung solchen Besonderheiten, die der gesteigerten Treuebindung zwischen dem Staat und seinen Angestellten entsprechen. So besteht gemäß § 53 Abs. III BAT die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung nicht mehr nach 15 Dienst- oder 40 Lebensjahren. Die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund unterliegen strengen Voraussetzungen, die bei den Beamten einen gesetzlichen Entlassungstatbestand erfüllen würden. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung kann ferner durch Sonderregelungen zum Schutze der Angestellten eingeschränkt sein [2]. Weitere Beschränkungen ergeben sich aus § 53 Abs. II BAT.

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 119 V c

2) Crisolli-Tiedtke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, § 4 Anm. 4; Vorbem. 5 ff. vor § 53

§ 55 Abs. II BAT stellt klar, daß ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nicht in innerdienstlichen Gründen, sondern nur in der Person oder dem Verhalten des Staatsangestellten bestehen kann.

Dem perfektionistischen Katalog von Disziplinarmaßnahmen gemäß § 5 BDO und z. B. § 4 DO NW steht nur die Kündigungsmöglichkeit gemäß § 55 BAT gegenüber. Die Möglichkeit einer Änderungskündigung durch Herabstufen um eine Vergütungsgruppe gemäß § 55 Abs. II und III BAT hat im Gegensatz zu den Maßnahmen einer Gehaltskürzung nach § 9 BDO und z. B. §§ 7, 9, 10 DO NW keinen disziplinarrechtlichen Charakter [1]. Als Disziplinarmaßnahme sine lege kommt für Staatsangestellte allenfalls die Erteilung einer aktenkundigen Rüge in Betracht, die nicht ersichtlich gegen höherrangiges Recht verstößt. Insbesondere wird durch diese im Verhältnis zur Kündigung weniger einschneidende Maßnahme nicht gegen den Gleicheitssatz verstoßen, sondern stattdessen durch Abstufung der Disziplinarmaßnahmen ein weiterer und gerechterer Beurteilungsspielraum geschaffen. Imdem die Anstel-

1) Die Änderungskündigung hat im Gegensatz zu den disziplinarrechtlichen Bestimmungen im Beamtenrecht deshalb keinen Disziplinarcharakter, weil der Arbeitgeber nach § 55 Abs, III BAT von dieser Kündigungsmöglichkeit dann Gebrauch machen kann, "wenn der Angestellte dauernd außerstande ist, diejenigen Arbeitsleistungen zu erfüllen, für die er eingestellt ist und die die Voraussetzung für die Eingruppierung in die bisherige Vergütungsgruppe bilden, und ihm andere Arbeiten, die die Tätigkeitsmerkmale seiner bisherigen Vergütungsgruppe erfüllen, nicht übertragen werden können."

lungsbehörde vor Ausspruch einer Kündigung aktenkundig macht, welche Tatsachen im einzelnen zwar eine aktenkundige Rüge, nicht aber schon eine Kündigung rechtfertigen, befolgt sie so in höherem Maße als bei Unterlassung einer derartigen aktenmäßigen Eintragung das rechtsstaatliche Gebot der Vorhersehbarkeit und Meßbarkeit staatlicher Machtäußerung.

Das Problem der disziplinarischen Maßnahmen hat für Staatsangestellte eine weitaus geringere Bedeutung als für Beamte, die eigenen Disziplinargesetzen unterliegen. Disziplinarische Maßnahmen für Staatsangestellte, die wie erörtert nur in dem seltenen Fall der Erteilung einer aktenkundigen Rüge bestehen können, berühren den innerdienstlichen Bereich. Sie verstoßen aber nicht gegen Art. 103 Abs. III GG, da der Grundsatz des ne bis in idem nicht verbietet, neben einer Kriminalstrafe solche Disziplinarmaßnahmen zu verhängen, die um der Integrität und Ordnung des öffentlichen Dienstes willen notwendig sind [1]. Zur Sicherung der Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes sind diese Maßnahmen zulässig.

Im Gegensatz zur Disziplinarmaßnahme der aktenkundigen Rüge spielen bei Staatsangestellten Vertragsstrafen und andere privatrechtliche Maßnahmen eine große Rolle. Sie fallen jedoch in das Gebiet des privatrechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestandes und berühren nicht das Problem einer Beschränkung von Grundrechten.

1) BVerfG, in : NJW 1967, 1651 und 1654

Im Gegensatz zum Beamtenrecht kann eine ordentliche Kündigung eines Staatsangestellten durch Rationalisierung der Verwaltungsführung gerechtfertigt sein [1]. Diese gerade in Krisenzeiten bedeutsame Möglichkeit fand jedoch bislang keine praktische Anwendung. Gleichwohl besteht hier ein elementarer juristischer Unterschied beider Dienstrechte. Die §§ 19, 20 BRRG schreiben im Gegenteil bei Auflösung der Behörde die anderweitige Weiterverwendung der Beamten vor.

Ein weiterer Unterschied der Beendigung der Dienstverhältnisse besteht darin, daß die diesbezüglichen Vorschriften des BAT im Unterschied zu den entsprechenden beamtenrechtlichen Regelungen des Ausscheidens kraft Gesetzes und des Verlustes der Beamtenrechte durch Entlassung keine enumerativen, speziell normativierten Tatbestände, sondern Generalklauseln darstellen. Sie dienen in geringerem Maße der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Da der enumerative Strafenkatalog des Beamtenrechts nach dem BAT nicht mehr anwendbar ist [2], bleibt als Zuchtmittel nur die einschneidende Maßnahme der Kündigung [3].

Eine Gehaltskürzung kann nur im Wege einer Vertragsstrafe oder auf Grund gesetzlicher Strafgewalt gegenüber den Staatsangestellten verhängt werden. Nach dem

1) Vgl. BAG, Beschluß des Großen Senats vom 28.11.1956, in : DVBl. 1958, 201

2) Rewolle, Dienststrafen gegen Angestellte und Lohnempfänger des öffentlichen Dienstes, RiA 1960, 81; zur früheren Rechtslage s. Wacke, in : Die Verwaltung, S. 4

3) Vgl. Sellmann, Grundsätzliches zur Disziplinargerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 228

geltenden Recht ist aber weder die Grundlage einer entsprechenden Vereinbarung nach §§ 339 ff. BGB noch eine gesetzliche Grundlage auf Grund einer dienstrechtlichen Bestimmung für eine Gehaltskürzung gegeben [1]. Daher ergeben sich praktische Schwierigkeiten für den Fall, daß die Pflichtverletzung eines Staatsangestellten noch nicht die Kündigung, aber andererseits mehr als eine bloße Verwarnung rechtfertigt. Hier besteht die Gefahr, daß der Staatsangestellte mangels eines ausreichenden disziplinarischen Rechtsschutzes im Wege einer Kündigung zu hart für eine dienstliche Verfehlung zur Rechenschaft gezogen wird, eine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt. Vor allem fehlt es an einer Differenzierungsmöglichkeit für Staatsangestellte nach dem Grade ihrer Verantwortung.

Das Dienstverhältnis der Staatsangestellten erlischt auf Grund eines einseitigen Erklärungswillens, der Kündigung. Die Aufhebung des Beamtenverhältnisses gemäß §§ 30, 23 Abs. I Ziff. 3 BRRG ist dagegen nicht gegen den Willen des betroffenen Staatsbediensteten möglich. Ein Erlöschen kraft Gesetzes gegen den Willen des Beamten findet nur statt durch die Tätigkeit einer vom Dienstherrn unabhängigen Instanz, nämlich infolge rechtskräftiger strafgerichtlicher Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einer bestimmten Höhe an (§ 24 Abs. I BRRG; §§ 48 f. BBG), durch die Verwirkung der Grundrechte (Art. 18 GG; § 39 Abs. 2 BVerfGG; § 24 Abs. I BRRG; §§ 48 ff. BBG) und durch das Urteil eines Disziplinargerichts (§§ 5 und 13 BDO).

1) Vgl. Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 157, 158

Das Dienstverhältnis der Staatsangestellten ist somit jedenfalls in juristischer Hinsicht selbst nach dem Eintritt der Unkündbarkeit insgesamt nicht durch besondere Gesetze gesichert wie das Beamtenverhältnis [1].

4. Unterschiedliche einzelne Pflichten der Dienst- und Treueverhältnisse

a. Die Zulässigkeit einer abweichenden Regelung der Pflichtenbindungen im öffentlichen Dienst

Trotz der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung und Ausgestaltung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten decken sich deren dienstrechtliche Pflichten nicht mit denen der Beamten. Hierbei ist zunächst einmal zwischen solchen Rechtsnormen zu unterscheiden, die den privatrechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestand des Dienstverhältnisses betreffen, und solchen, die das innerdienstliche und dienstrechtliche Rechtsverhältnis regeln. Da es sich beim Beamtenrecht um öffentliches Recht, beim Begründungs- und Beendungstatbestand des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten um bürgerliches Recht handelt, sind in jedem der Rechtsbereiche grundlegend andere Regelungen, wie solche, die entsprechend den vorstehenden Darlegungen etwa das Maß der beruflichen Sicherung des Dienstverhältnisses betreffen, unbedenklich zulässig und mit dem gemeinsamen Funktionszweck des gesamten öffentlichen

1) Walter und Böhm, in : Festschrift für Sitzler, S. 197; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 14 III 2

Dienstes gegenüber der Allgemeinheit vereinbar. Insofern besteht also die Möglichkeit einer scheinbaren, in Wirklichkeit aber entsprechenden Ungleichbehandlung zwischen dem Dienstverhältnis der Staatsangestellten und Beamten.

Im dienstrechtlichen Rechtsverhältnis der Staatsangestellten besteht dagegen, wie erörtert, eine öffentlich-rechtliche Zweckbindung und Unterordnung unter die Verwirklichung der Staatszwecke. Die Privatautonomie der zuständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts ist - soweit sie nicht den privatrechtlichen Bereich des Begründungs- und Beendigungstatbestandes des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten betrifft, sondern deren dienstrechtliches Rechtsverhältnis - begrenzt durch die im BAT verkörperten und die sonstigen öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere den Gleichheitssatz.

Eine Abweichung in der Regelung der Pflichtenbindung vom Beamtenrecht muß demzufolge mit dem im Interesse der Allgemeinheit bestehenden gemeinsamen Funktionszweck des öffentlichen Dienstes vereinbar sein. Für eine Verletzung des Gleichheitssatzes ist jedoch sorgfältig zu prüfen, ob eine Regelung im Dienstrecht der Staatsangestellten eine mit dem Beamtenrecht übereinstimmende Sachlage erfaßt. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. I GG, der ein oberster Grundsatz der Rechtsordnung ist und das Willkürverbot beinhaltet, erleidet nämlich auch im öffentlichen Dienst der Staatsangestellten keine Einschränkungen. Er hat beispielsweise in besoldungsrechtlicher Hinsicht eine besondere Bedeutung darin, daß ohne sachlichen Grund keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem für Staatsangestellte

und Beamte gewährten Entgelt bestehen dürfen [1].

Nach diesen Voraussetzungen kann eine abweichende Regelung der Pflichtenbindungen im öffentlichen Dienst gerechtfertigt sein, wenn die Funktion des Staatsangestellten mehr untergeordneter, weisungsgebundener Art ist [2]. Hier wird der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. IV GG effektiv zu einer Funktionspriorität des Beamten realisiert, während der Angestellte mehr eine subsidiäre Funktion im öffentlichen Dienst innehat [3]. Die größere dienstliche Verantwortung wird von dem die Weisung erteilenden Beamten getragen. Die konkrete Eigenart des Dienstverhältnisses des Staatsangestellten würde nach der ihm gegebenen konkreten Funktion ein unterschiedliches Maß an Pflichtenbindung rechtfertigen und fordern. Diese Voraussetzungen gelten auch dann, wenn keine personale Einheit von Fallbearbeitung und Fallentscheidung besteht, wenn also, wie es häufig vorkommt, die Entscheidung über Akte der Verwaltung von angestellten Sachbearbeitern in der Form eines materiell ausgestalteten und begründeten Vorschlags vorgenommen wird, während Beamten die formelle, nach außen hin wirkende Entscheidungsbefugnis zusteht. Maßgebend für

1) Vgl. BGH, in : JZ 1955, 500

2) Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 194 ; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 2 ; Görg, in : Hdb. d. Komm. Wiss. u. Praxis, Zweiter Band, S. 101

3) Hartfiel, in : Das Mitbestimmungsgespräch, 1965, S. 137

die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Pflichtenbindung ist auch hier die Verteilung des Verantwortungsbereiches.

Unter diesen Voraussetzungen könnte nach Maßgabe des dritten Teils der Untersuchung eine unterschiedliche Intensität in der Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten bestehen [1]. Umgekehrt könnte in dem Fall der Übereinstimmung der Pflichtenbindungen die gleiche Grundrechtsbeschränkung gelten. Diese Problematik der Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten ergibt sich nur dann, wenn die Pflichtenbindung der Staatsangestellten nicht als reines Vertragsproblem erkannt wird. Im folgenden sind zunächst am Beispiel der wichtigsten Treuepflichten der Staatsangestellten unter Vergleich mit den entsprechenden Bestimmungen im Beamtenrecht die Maßstäbe für eine Auslegung und Handhabung unterschiedlicher Treuebindungen zu entwickeln.

b. Die Auslegung von Treuepflichten der Staatsangestellten

Die Pflichten der Mitarbeit und Verantwortlichkeit im Dienst sind im Beamtenrecht grundlegend anders geregelt als im BAT. Nach § 38 BRRG, § 56 BBG, § 59 LBG haben die Beamten die Pflicht, ihre Vorgesetzten zu beraten und zu unterstützen und sind für die Rechtmäßigkeit ihrer Amtshandlungen verantwortlich. Die Pflicht zur Beratung und Unterstützung ihrer

1) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 128, 129

Vorgesezten ist für die Staatsangestellten im BAT nicht geregelt. Zwar sind sie für die Rechtmäßigkeit ihrer Amtshandlungen zunächst ebenfalls wie die Beamten verantwortlich, aber nach § 8 Abs. II BAT geht die Verantwortung bei Vollzug einer dienstlichen Anordnung auf den Vorgesetzten über, es sei denn, die Ausführung der Anordnung würde erkennbar eine strafbare Handlung darstellen. Die Prüfungspflicht der Angestellten beschränkt sich somit auf Verstöße von Anordnungen gegen Strafvorschriften. Während also bei Vollzug einer dienstlichen Anordnung die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung von den Angestellten mit Ausnahme des Falles, daß die Ausführung der Anordnung eine erkennbare strafbare Handlung bedeutet, auf den Vorgesetzten übergeht, bleibt der Beamte auch in diesem Falle uneingeschränkt persönlich verantwortlich. Im Gegensatz zum Staatsangestellten muß der Beamte nicht nur die Strafgesetzwidrigkeit der von ihm verlangten dienstlichen Maßnahme, sondern auch die Rechtmäßigkeit der Anordnung in jeder Hinsicht überprüfen.Bei Bedenken muß er sich allerdings nach Maßgabe von § 38 Abs. II BRRG, § 56 Abs. II BBG, § 59 Abs. II LBG an den Vorgesetzten wenden.

Bei übereinstimmender funktionaler Stellung von Staatsangestellten und Beamten erfordert die öffentlich-rechtliche Zweckbindung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten im Interessse seiner Funktionstüchtigkeit eine ergänzende Auslegung der Pflichtenbindung. Die Grundlage hierfür gibt die Generalklausel des § 8 Abs. I Satz 1 BAT, die vom Staatsangestellten das Verhalten verlangt, das "von Angehörigen des

öffentlichen Dienstes erwartet wird". Da die im BAT geregelten Pflichtenbindungen in viel stärkerem Maße noch als in den Beamtengesetzen unvollständig und fast bis zur Unpraktibilität lückenhaft sind, müssen sie durch Anwendung der allgemeinen Treuepflicht im öffentlichen Dienst nach § 8 BAT ausgefüllt und ergänzt werden [1]. Die Regelungen des BAT haben nur denjenigen Staatsangestellten vorausgesetzt, der untergeordnete Funktionen im öffentlichen Dienst erfüllt [2]. Nur für diesen Fall ist demgemäß vom Wortlaut des BAT auszugehen.

Die Arten der Treueverhältnisse der Staatsbediensteten, die, wie erörtert, keine grundsätzlichen Unterschiede aufweisen und nur in der Intensität der Pflichtenbindung voneinander abweichen, sind inhaltlich übereinstimmend in § 35 BRRG, § 52 BBG, § 55 LBG einerseits und § 8 BAT andererseits geregelt. Diese grundlegenden Regelungen der Treuebindung verlangen von allen Staatsbediensteten die Verpflichtung zur Nichtverletzung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung durch die Ablegung eines Eides bzw. Gelöbnisses [3]. Die Verweigerung dieses Bekenntnisses bedeutet im Beamtenrecht einen Entlassungsgrund [4],

1) Crisolli-Tiedtke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, § 8 Erl. 25 ; Fischbach, BBG, § 191 Anm. 2 ; BAG E 3, 161 ; 7, 261

2) Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 194

3) § 40 BRRG, § 58 BBG, § 61 LBG und § 6 BAT

4) § 23 Abs. I Nr. 1 BRRG ; § 28 Nr. 1 BBG

im Recht der Staatsangestellten einen wichtigen Grund zur Kündigung [1].

Der Ablegung eines Eides auf die Verfassung wurde in einigen Ländern durch die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Landesverfassung eine überragende Bedeutung beigemessen. Für die Beamten bestimmen Art. 78 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg und Art. 80 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, für die Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes Art. 121 der Verfassung des Saarlandes und Art. 187 der Verfassung des Freistaates Bayern die Ablegung des Eides auf die Verfassung.

Die Staatsangestellten werden in allen Bundesländern noch durch ein zweites Treueversprechen, weitergehend als das der Beamten, durch Handschlag und protokollarische Unterschrift auf die Bestechungsverordnung verpflichtet [2]. Ergänzend zu dem Eid der Beamten [3] verpflichtet § 6 Abs. III BAT die Staatsangestellten durch Handschlag und protokollarische Unterschrift auf ihre politische Treue zur Verfassung.

Die politische Treuebindung der Staatsangestellten und Beamten an das Grundgesetz ist in unterschiedlicher Weise geregelt. Die Beamtengesetze [4] bestimmen,

1) Crisolli-Tiedtke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, § 6 Erl. 3

2) Vgl. Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 91

3) Vgl. § 40 BRRG; § 58 BBG; § 61 LBG

4) § 35 Abs. I Satz 3 BRRG; § 52 Abs. II BBG; § 55 Abs. II LBG

daß der Beamte sich zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung "bekennen" und für deren Erhaltung "eintreten" müsse. Dagegen beschränkt sich § 8 Abs. I Satz 2 BAT auf das "bekennen". Durch diese abweichende Formulierung sollte zwar ein positives Handeln und Eintreten der Staatsangestellten für die freiheitlich demokratische Grundordnung nicht ausgeschlossen werden, aber doch primär nur den Beamten auferlegt werden [1]. Diese Regelung entspricht den Tätigkeiten derjenigen Staatsangestellten, die gemäß dem vom BAT angenommenen Regelfall eine für das Gemeinwohl und innerdienstlich funktional untergeordnete Stellung innehaben. Andernfalls muß nach den obigen Grundsätzen im Wege einer ergänzenden Auslegung eine weitergehende, beamtenrechtsähnliche Pflichtenbindung gelten [2].

Der einleitend zitierte Beschluß der Bundesregierung vom 19. 9. 1950 hatte Grenzen für die politische Haltung der Staatsbediensteten festgelegt und bei einem Verstoß deren Entfernung aus dem öffentlichen Dienst angeordnet. Die Mitgliedschaft in einer verfassungswidrigen Vereinigung oder das Eintreten für sie ist heute unstreitig auch für Staatsangestellte mit dem gegenseitigen Dienst- und Treueverhältnis

1) Crisolli-Tiedtke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, § 8 Erl. 22

2) BAG E 3, 161 ; 7, 261

und § 8 Abs. I Satz 2 BAT unvereinbar [1]. Eine ähnliche Problematik ergibt sich bezüglich der politischen Betätigung der Staatsbediensteten, obwohl diese ausdrücklich nur im Beamtenrecht [2] geregelt ist. Die lediglich für Staatsangestellte nach § 8 BAT geregelte allgemeine Treuepflicht ist wegen der überragenden gemeinsamen öffentlichen Funktionen nach beamtenrechtlichen Maßstäben unter Berücksichtigung der Eigenart des konkreten Dienstverhältnisses zu ergänzen. Hierfür bildet Art. 80 Abs. I Satz 2 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen eine Grundlage. Danach ist bestimmt, daß auch die Staatsangestellten "ihr Amt und ihre Aufgaben unparteiisch und ohne Rücksicht auf die Person nur nach sachlichen Gesichtspunkten wahrzunehmen" haben.

Ähnliche Bestimmungen finden sich in anderen Landesverfassungen : Art. 77 Abs. II der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Art. 96 der Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 58 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Art. 46 Abs. I Vorläufige Niedersächsiche Verfassung, Art. 127 Abs. I der Verfassung für Rheinland-Pfalz und Art. 119 Abs. I der Verfassung des Saarlandes. Nur die Artikel des Landes

1) BAG E 3, 161 ; 7, 261

2) ebenso die h.L., s. Politische Treuepflicht im öffentlichen Dienst ; a. A. anfangs Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, S. 44 ff., der ausführte, daß die Beamten einer Juristischen Person dienten, der sie keine besondere Treue schuldeten; das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis und der Gedanke des Dienstherrn seien Reminiszenzen an den Fürstendiener des 17. und 18. Jahrhunderts.

Baden-Württemberg, der Freien und Hansestadt Hamburg, des Landes Nordrhein-Westfalen und des Landes Rheinland-Pfalz beziehen sich ausdrücklich auch auf Staatsangestellte. Die Bestimmungen des § 8 BAT in Verbindung mit einer im Einzelfall gebotenen analogen erweiternden Anwendung der beamtenrechtlichen Rahmenbestimmungen führen aber hier zur gleichen Rechtslage.

Der Grad der Notwendigkeit politischer Zurückhaltung ist bei den einzelnen Staatsangestellten verschieden zu bemessen und hängt vom Maß iher beruflichen Einordnung in die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ab, insbesondere davon, ob die Funktion des Staatsangestellten nicht nur die des untergeordneten, weisungsgebundenen Mitarbeiters ist, sondern ob er mittelbar oder unmittelbar für die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben oder solcher Aufgaben, die der Sicherung des Staates dienen, verantwortlich tätig ist. Die Unterscheidung, in welchem Maße der Staatsangestellte den Staat repräsentiert, die bei den Beamten angewandt wird [1], wäre hier nicht ausreichend. Zwar können in bestimmten Fällen auch die Staatsangestellten Anteil an der Repräsentation des Staates haben [2]. Wenn sie aber, wie es häufig vorkommt, als angestellte Sachbearbeiter in Form eines materiell ausgestalteten und begründeten Vorschlags die Entscheidung über Akte der Verwaltung vornehmen und die formelle, nach außen hin wirkende Entscheidungsbefugnis und Vollziehung einem Beamten überlassen, reicht das

1) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 74

2) Forsthoff, Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 GG, DÖV 1951, 460; Neeße, Der deutsche Beamte heute, S. 48 und 58 ff.; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 38

Kriterium der Repräsentation des Staates nicht hin, um die hiermit nicht übereinstimmende dienstliche Verantwortung und den sich aus dieser Verantwortlichkeit ergebenden Grad der Notwendigkeit politischer Zurückhaltung zu erfassen.

Die Meinungsäußerungsfreiheit kann andererseits durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gestärkt werden. Wilhelm [1] weist darauf hin, daß bei Beamten und Staatsangestellten auch eine Pflicht zur öffentlichen Meinungsäußerung bestehen kann. Er bezieht sich auf das sogenannte "Pätsch-Urteil" [2], nach dem bei schwerwiegenden Verfassungsverstößen der Verwaltung entgegen dem Wortlaut des § 9 BAT [3] die Pflicht des Staatsangestellten zur Verfassungstreue und das Recht der Meinungsäußerung den Vorrang vor der Verschwiegenheitspflicht haben. Dieser Ansicht ist vor allem deshalb beizupflichten, weil zu den grundlegenden Prinzipien der verfassungsmäßigen

1) Wilhelm, Die freie Meinung im öffentlichen Dienst, S. 88, 89 führt aus : "Handelt es sich jedoch um schwere, nicht nur unbedeutende Verstöße gegen die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne der freiheitlich demokratischen Grundordnung, so darf die Öffentlichkeit unmittelbar angerufen werden. Dies gilt trotz der erhöhten Treuepflicht auch für Beamte und Behördenangestellte".

2) BGH, in : JZ 1966, 278

3) Das vom BGH gewonnene Ergebnis läßt sich nur mit einer ergänzenden Auslegung des § 9 BAT rechtfertigen

Ordnung auch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gehört [1]. In dem Falle eines schwerwiegenden Verfassungsverstoßes findet im übrigen auch keine Einschränkung des Petitionsrechts der Staatsangestellten und Beamten statt. Das Petitionsrecht des Art. 17 GG ist nämlich ansonsten insoweit eingeschränkt, als Bitten und Beschwerden hinsichtlich ihres Dienstverhältnisses auf dem Dienstwege vorzubringen sind. Das ergibt sich auch aus § 8 Abs. II BAT, wonach der Angestellte zur Ausführung dienstlicher Anordnungen verpflichtet ist. Diesselbe Rechtsfolge ergibt sich aus § 38 BRRG, § 56 BBG, § 59 LBG.

Nicht übereinstimmend geregelt ist ferner das Verbot der Annahme von Geschenken. Zwar stimmt die Regelung der Genehmigungspflicht überein [2] einschließlich der Strafdrohung der §§ 331, 332 StGB. Für Personen, die keine Verrichtungen ausüben, die zum Wesen der Aufgaben der Behörde gehören, gilt gewissermaßen als Auffangstatbestand die Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat. Auf die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses erstreckt sich die Anzeigepflicht des § 10 BAT im Gegensatz zu den beamtenrechtlichen Regelungen nicht.

1) Vgl. BVerfG E 12, 1, 12 f.

2) § 43 BRRG; § 70 BBG; § 76 LBG und § 10 BAT

Ebenso bestehen Unterschiede bezüglich der Schweigepflicht [1]. Sie bezieht sich bei den Beamten mit Ausnahme der offenkundigen Tatsachen auf alle dem Beamten bei der dienstlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten. Der Beamte muß also zwischen den offenkundigen und solchen Tatsachen, die es nicht sind, unterscheiden. Eine derartige Entscheidung ist für den Staatsangestellten nach § 9 BAT nicht vorgesehen.

Der Wortlaut der genannten Pflichtenbindungen der Staatsangestellten geht ebenfalls von den Voraussetzungen des funktional untergeordneten Staatsangestellten aus [2]. Trifft dieser Fall nicht zu, so sind die Regelungen durch die Ausstrahlungen des allgemeinen, öffentlich-rechtlich gebundenen Treueprinzips wie oben erörtert zu ergänzen. Besonders naheliegend ist diese Handhabung der Treuebindung eines Staatsangestellten, der lediglich über allgemein bekannte Tatsachen der Verwaltung spricht; er macht sich keiner Verletzung der Schweigepflicht schuldig. Die lückenhafte Regelung des § 9 BAT kann hier dem Staatsangestellten keine stärkere Bindung auferlegen als einem Beamten und ist daher nach dem Sinn und Zweck des Dienstverhältnisses zu ergänzen [3].

Somit weist das Dienstrecht der Staatsangestellten eine eigenständige, vom Beamtenrecht abweichende

1) §§ 39, 124 BRRG; § 61 BBG; § 64 LBG und § 9 BAT

2) Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 194; BAG E 3, 161; 7, 261

3) Vgl. Daumann, in : Die Personalvertretung, 1962, 146; BAG E 3, 161; 7, 261

Pflichtenbindung auf [1]; im BAT wurden einzelne Pflichten kodifiziert. Der Wortlaut der im BAT normierten Pflichten bedarf jedoch im Interesse der einheitlichen Funktionen des gesamten öffentlichen Dienstes einer am Beamtenrecht orientierten ergänzenden öffentlich-rechtlichen Auslegung, wenn das Wesen und die Notwendigkeiten des öffentlichen Dienstes dies erfordern [2].

Einer tariflichen Norm muß ebenso wie einer gesetzlichen Vorschrift ein vom Wortlaut abweichender Inhalt gegeben werden, wenn die als Regelfall für die Tarifnorm vorausgesetzten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen verändert sind und ihr Sinn und Zweck eine vom Wortlaut abweichende Auslegung erfordert [3]. Liegen die vom BAT als Regelfall vorausgesetzten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Stellung des Staatsangestellten als eines mehr untergeordneten, weisungsgebundenen Mitarbeiters [4] nicht vor, so steht höher als der Wortlaut einer Pflichtenbindung des Staatsangestellten betreffenen Regelung der Sinn und Zweck der Bestimmung, für den das Wesen und die Notwendigkeiten des öffentlichen Dienstes entscheidend sind [5].

1) a.A. Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 78; ders., in : Die Verwaltung, S. 17

2) Vgl. BayVerfGH, in : DÖV 1965, 137; BVerwG, in : DÖV 1962, 383 ff.

3) BAG E 3, 159 und 161; 7, 256 und 261; BayVerfGH, in: DÖV 1965, 137; Fischbach, BBG, § 191 Anm. 2

4) Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 194

5) Vgl. BAG E 3, 161; 7, 261; BayVerfGH, in : DÖV 1965, 137; BVerwG, in : DÖV 1962, 382 ff.

Daher bedarf es in diesem Falle für einen Staatsangestellten, der beamtenähnliche Funktionen wahrnimmt, auch einer beamtenähnlichen Pflichtenbindung in entsprechender Anwendung der beamtenrechtlichen Pflichtenbindungen. Das Maß der Übertragung beamtenrechtlicher Grundsätze auf das Dienstverhältnis der Staatsangestellten hängt von der gegebenen Eigenart des Dienstverhältnisses ab.

Zur Ermittlung der Eigenart des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten ist sein grundsätzlicher rechtlicher Zusammenhang mit dem Beamtenrecht zu klären, und zu untersuchen, welche Bedeutung das Arbeitsrecht für das gesamte öffentliche Dienstrecht der Beamten und Staatsangestellten hat. Danach erst können die Gemeinsamkeiten und Überschneidungen der Dienstverhältnisse der Staatsangestellten festgestellt werden.

II. Ausstrahlungen des Arbeitsrechts auf das gesamte öffentliche Dienstrecht

1. Die Institution der Betriebsverfassung

Für die Einflüsse des Arbeitsrechts auf das Staatsangestelltenrecht besteht deshalb keine besondere Problematik, weil dieses Rechtsgebiet, wenn auch mit öffentlich-rechtlichen Bestimmungen durchsetzt,

so doch grundsätzlich noch privatrechtlicher Natur ist. Das Beamtenrecht ist dagegen ein vom Arbeitsrecht getrenntes eigenständiges Rechtsgebiet. Es gibt aber auch im Beamtenrecht Rechtsinstitute, deren Ursprung im Arbeitsrecht liegt. Damit ist zwar nach der herkömmlichen Scheidung der Rechtsgebiete kein systematischer Zusammenhang zwischen diesen unmittelbar gegebenen, wohl aber ein praktischer, der systematisch erfaßt werden sollte.

Erst nach dem Erlaß des Grundgesetzes wurde eine alle Staatsbediensteten umfassende gemeinsame Regelung des Personalrechts geschaffen. Die Gesetzgebungszuständigkeit hierfür besteht gemäß Art. 73 Ziff. 8 und Art. 75 Ziff. 1 GG. Sie ergibt sich nicht aus Art. 74 Ziff. 12 GG, der nur das Arbeitsrecht der Wirtschaft umfaßt [1]. Das so geschaffene Personalrecht des öffentlichen Dienstes ist orientiert an dem Vorbild des Betriebsverfassungsgesetzes, obwohl es auch die Beamten einbezieht. Hierfür mag aufschlußreich sein, daß die Schaffung der Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder sowohl vom Arbeitsrecht [2] als auch vom Beamtenrecht [3] her vorgesehen ist. Der Gedanke eines Personalgesetzes für den gesamten öffentlichen Dienst ist neu; nach Art. 130 Abs. III WRV waren lediglich besondere Beamtenvertretungen vorgesehen.

Trotz des arbeitsrechtlichen Einflusses stellen die Personalvertretungsgesetze eigenständige öffentlich-

1) Dazu auch Wacke, Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 278

2) § 88 BetrVG

3) § 93 BBG

rechtliche Regelungen dar. Das zeigt sich schon daran, daß die Federführung über Gesetzgebungsmaßnahmen auf dem Gebiete des Arbeitsrechts beim Bundes- und bei den Landesarbeitsministerien liegt. Die Federführung über das gesamte öffentliche Dienstrecht obliegt dem Bundes- und den Landesinnenministerien sowie bezüglich des Besoldungs- und Versorgungsrechts und des Tarifrechts dem Bundesfinanzministerium und den Landesfinanzministeriem. Diese Ministerien haben "Personalrechtsabteilungen", die die Aufgabe haben, auf eine einheitliche Anwendung beamten- und tarifrechtlicher Bestimmungen hinzuwirken und die Durchführung des Beamtenrechts unter beamtenpolitischen Gesichtspunkten sowie die Handhabung des Tarifrechts unter allgemeinen personalpolitischen Gesichtspunkten zu koordinieren [1].

Die eigenständige, für Beamte und Staatsangestellte geltende öffentlich-rechtliche Regelung ist auch formellrechtlich dadurch festgelegt worden, daß der Rechtsschutz für die Personalvertretungen einheitlich vor den Verwaltungsgerichten gewährt wird. Nach Maßgabe der §§ 76 f. BPersVertrG, §§ 74 f. LPVG, §§ 80 ff. ArbGG, 190 Abs. I Ziff. 5 VwGO entscheiden im Streitfalle Fachkammern oder Fachsenate der allgemeinen Verwaltungsgerichte in Anwendung des Beschlußverfahrens der Arbeitsgerichtsbarkeit [2]. Der Verwaltungsrechtsweg ist ein deutliches Kennzeichen der

1) Faude und Fritz, in : Ämter und Organisationen der Bundesrepublik Deutschland, S. 73

2) Vgl. Wacke, Das Personalvertretungsgesetz und seine Kommentare, JZ 1957, 289

öffentlich-rechtlichen Streitigkeit des Gesamt-Personalrechts des öffentlichen Dienstes [1]. Es ist daher als verselbständigtes Rechtsgebiet dogmatisch von dem arbeitsrechtlichen Betriebsverfassungsrecht zu trennen [2]. Die Auslegung des Personalvertretungsrechts muß daher nach den Belangen des öffentlichen Dienstes erfolgen, die sie regeln. Arbeitsrechtliche Grundsätze finden keine Anwendung.

Weitere Ausstrahlungen des Arbeitsrechts auf das gesamte öffentliche Dienstrecht sind die arbeitsrechtlich gesicherten Institute des Streikrechts, der Tariffähigkeit und der Gewerkschaftskompetenzen. Diese Institute wurden ebenfalls, wie im folgenden gezeigt werden soll, den Kategorien des öffentlichen Dienstes angepaßt und mit einem eigenen, durch das öffentliche Recht geprägten Gehalt ausgestattet.

2. Das Problem des Streikrechts der Staatsbediensteten

Der Streik im arbeitsrechtlichen Sinne bedeutet den Interessenkampf zwischen einem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband einerseits und den Arbeitnehmern oder den Gewerkschaften eines bestimmten sachlichen und örtlichen Bereichs andererseits, der durch die Anwendung wirtschaftlicher Druckmittel bestimmte Arbeitgeber zu einem bestimmten Verhalten hinsichtlich

1) Wacke, Das Personalvertretungsgesetz und seine Kommentare, JZ 1957, 294

2) BVerwG E 11, 238; BVerwG, in : AP Nr. 2 zu § 66 BPersVertrG; a.A. BAG, in : NJW 1966, 1431

der Löhne und Arbeitsbedingungen veranlassen soll [1]. Die Zulässigkeit des Streiks ist zwar nicht expressis verbis im Grundgesetz garantiert [2], wohl aber in einigen Landesverfassungen : Art. 51 Abs. III der Landesverfassung der Freien und Hansestadt Bremen, Art. 18 Abs. III der Verfassung von Berlin, Art. 29 Abs. III der Verfassung des Landes Hessen, Art. 66 Abs. II der Verfassung für Rheinland-Pfalz und Art. 56 der Verfassung des Saarlandes.

Wenn auch im Grundgesetz das arbeitsrechtliche Streikrecht nicht gestattet ist, so ist doch andererseits ein allgemeines Verbot des Arbeitskampfes mit den Grundsätzen der freien Rechts- und Wirtschaftsordnung unvereinbar [3]. Ein solches absolutes Verbot würde gegen die sich aus der historischen Entwicklung ergebende Rechtsübung verstoßen [4]. Aus diesen Prinzipien folgt zugleich, daß das Streikrecht nur im Rahmen des Art. 2 Abs. II GG gewährleistet sein kann. Hieraus ergibt sich, daß der Zulässigkeit eines Streiks rechtliche Grenzen gezogen sein können. Art. 66 Abs. II der Verfassung für Rheinland - Pfalz

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, S. 613

2) Art. 9 Abs. III GG umfaßt mit seinem Wortlaut ebenso wie schon Art. 159 WRV nur die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Koalitionsfreiheit, nicht jedoch des Streikrechts

3) Vgl. BVerfG E 4, 96; Kauffmann, Normsetzungsbefugnis der Tarifpartner, NJW 66, 1682

4) Art. 9 Abs. III GG enthält jedenfalls eine der Koalitionsfreiheit immanente Anerkennung der Streikfreiheit der Arbeitnehmer. Nach der Entstehungsgeschichte haben "letzlich nur Bedenken gegen die vorgeschlagenen Fassungen des Streikrechts seine Aufnahme in das GG verhindert". s. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Anm. VII 1 und 2

und Art. 56 der Verfassung des Saarlandes formulieren die rechtlichen Grenzen, indem sie das Streikrecht "im Rahmen der Gesetze" anerkennen.

Auch die Europäische Sozialcharta, die auch für die Bundesrepublik gilt, anerkennt das in Teil II Art. 6 Nr. 4 gewährleistete Streikrecht nach Teil V Art. 31 nur unter den Einschränkungen und Grenzen, die in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer und zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.

Einen gesetzlichen Bezug auf das Streikrecht enthält für den Bereich des öffentlichen Dienstes § 55 Abs. II Satz 3 BPersVertrG sowie die entsprechenden Bestimmungen der Landespersonalvertretungsgesetze [1]. Danach sind im Verhältnis zwischen der Dienststelle und dem Personalrat Maßnahmen des Arbeitskampfes und solche Maßnahmen untersagt, die geeignet sind, die Arbeit und den Frieden der Dienststelle zu stören. Wacke [2] weist zutreffend darauf hin, daß die Formulierung der Personalvertretungsgesetze "Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien werden hierdurch nicht berührt" nicht etwa als "Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien sind zulässig" gelesen werden darf. Die Formulierung bedeutet, daß die Frage des Streikrechts nicht von den Personalvertretungsgesetzen

1) s. Z. B. §§ 54 Abs. II Satz 2 und 2 LPVG

2) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 98

betroffen und somit ohne Rücksicht auf diese Gesetze bezüglich ihrer rechtlichen Zulässigkeit zu beurteilen ist [1].

Die Beamtengesetze von Bund und Ländern sprechen mit Ausnahme von Art. 63 Abs. II BayBG kein unmittelbares Streikverbot aus. In Literatur [2] und Rechtsprechung [3] ist jedoch die Unzulässigkeit des Streiks der Beamten mit einer Ausnahme [4] anerkannt. Danach wird das Streikverbot für Beamte aus dem Wesen des Beamtenverhältnisses abgeleitet. Ein Streik steht mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums in Widerspruch. Die genannten Verfassungsbestimmungen der Länder, die ein Streikrecht garantieren, beziehen sich nur auf den arbeitsrechtlichen Streik.

Die Unzulässigkeit eines Streiks für Staatsangestellte ist problematisch. Sie wird von manchen als bürgerlich-rechtlicher Verzicht konstruiert [5]. Der Unter-

1) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 5 III 1 b; Nikisch, Arbeitsrecht II, § 65 V 1 und 2

2) Fischbach, BBG, § 91 Anm. 2; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 89 ff.; Dietz, PersVertrG, § 55 Anm. 23; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 5 II 2; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 50; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Erl. VII 3 d

3) BGH, in : NJW 1953, 1066; BVerfG E 8, 17

4) R. Hoffmann, Beamtentum und Streik, AöR 91, 187

5) Vgl. bei Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 94

stellung eines derartigen Rechtsfolgewillens der Staatsangestellten ermangelt es aber an einer ausreichenden Manifestation ihres so gearteten Willens [1]. Andere [2] versuchen daher, die Unzulässigkeit des Streiks aus der tarifvertraglichen Treuepflicht herzuleiten.

Nach den tarifvertraglichen Regelungen als solchen ergeben sich hierfür keine Anhaltspunkte. Ein Streikverbot der Staatsangestellten kann sich aber aus der allgemeinen Treuepflicht der Staatsangestellten in Verbindung mit der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung des Dienstverhältnisses ergeben. Hierfür ist zunächst von der öffentlich-rechtlichen Regelung der §§ 2, 55 Abs. II Satz 2 BPersVertrG sowie der mit ihm übereinstimmenden Regelungen der Landespersonalvertretungsgesetze auszugehen. Eine generelle Zulässigkeit des Streiks der Staatsangestellten hätte, da diese Gesetze das Personalrecht aller Staatsbediensteten regeln, einer besonderen Hervorhebung bedurft und wäre einfacher zu formulieren gewesen. Dieses Argument widerspricht der Auffassung [3], nach der ein Streik der Staatsangestellten generell unzulässig sein soll.

1) Wilhelm, Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 364; Ule, in : Die Grundrechte, S. 616

2) Görg, in : Hdb. d. Komm. Wiss. u. Praxis, Zweiter Band, S. 101; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 5 III 2 b

3) Bochalli, BBG, § 91 Anm. 3; Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 174; ders., in : Die Verwaltung, S. 24; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 88 f.; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 370

Nikisch [1] weist mit Recht darauf hin, daß die Tätigkeit mancher, wenn auch nicht aller Angestellten für die Erledigung öffentlicher und hoheitlicher Aufgaben des Staates ebenso wichtig sein kann wie die Tätigkeit der Beamten. Dieser Gedanke enthält den richtigen Ansatzpunkt zu einer notwendigen Differenzierung. Nach den Feststellungen dieser Untersuchung ist nämlich die beamtenrechtliche Pflichtenbindung gemäß der Generalklausel des § 8 BAT und der genannten Verfassungsbestimmungen der Länder (z. B. Art. 80 Abs. I der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen) als öffentlich-rechtliche Pflichtenbindung auf das Dienstverhältnis der Staatsangestellten im Wege der ergänzenden Auslegung nur dann übertragbar, wenn es sich um ein Dienstverhältnis handelt, das mittelbar oder unmittelbar mit der Erledigung hoheitlicher oder solcher Aufgaben befaßt ist, die mit der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens zusammenhängen. Die öffentlich-rechtliche Pflichtenbindung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten folgt aus dem im Interesse der Allgemeinheit bestehenden gemeinsamen Funktionszweck des gesamten öffentlichen Dienstes. Eine eigenständige, vom Beamtenrecht abweichende Pflichtenbindung ist gerechtfertigt, wenn und soweit die Funktion des Staatsangestellten für die Interessen und die Sicherung des Gemeinwohls von untergeordneter Bedeutung ist.

In Anwendung dieser Grundsätze ist die Zulässigkeit des Streikrechts der Staatsangestellten im Einzel-

[1] Nikisch, Arbeitsrecht II, § 65 V 2

fall zu bestimmen [1]. Ähnliche, ebenfalls differenzierende Maßstäbe für das Streikverbot von Staatsangestellten waren bereits in der Verordnung des Reichspräsidenten über den Schutz lebenswichtiger Betriebe vom 13. und 29. Januar 1920 [2] aufgestellt worden.

Wegen der größeren Intensität des Treueverhältnisses der Staatsangestellten gegenüber den Bindungen von Angestellten in Arbeitsverhältnissen mit privaten Arbeitgebern muß die Grenze eines zulässigen Streiks im Gegensatz zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Bereich enger gezogen werden. Die durch den Streik angestrebten Ziele müssen zu dem zugefügten Schaden in angemessenem Verhältnis stehen, und es muß auch bei einem Streik funktionell untergeordneter Staatsangestellter auf die öffentlichen Interessen Rücksicht genommen werden [3]. Der DGB hat in seinen Richtlinien [4] beschlossen, daß vor der Einleitung

1) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 75; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 5 III 2

2) RGBl. S. 195 und 207

3) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 50 und 75; v. Münch, Der Streik in kommunalen Versorgungsunternehmen in öffentlich-rechtlicher Sicht, DÖV 1960, 294 ff., Görg, in : Hdb. d. Komm. Wiss. u. Praxis, Zweiter Band, S. 100

4) RdA 1950, 71

eines Streiks in einem sog. lebenswichtigen Betrieb, unter den gemäß der Begriffsdefinition des öffentlichen Dienstes auch die mit Staatsangestellten und Beamten geführten gemeindlichen Versorgungsbetriebe fallen können, der Hauptvorstand der betreffenden Gewerkschaft verpflichtet ist, die Meinung des Bundesvorstandes des DGB einzuholen und sie bei seiner Beschlußfassung über den Streik zu berücksichtigen. Hieran wird deutlich, daß die arbeitsrechtlichen Rechtsinstitute unter Berücksichtigung der bestehenden rechtlichen Besonderheiten des öffentlichen Dienstes gehandhabt werden.

3. Das Institut der Tariffähigkeit und der Gewerkschaftsbegriff im öffentlichen Dienstrecht

Die Entwicklung des Begriffs des Streikrechts im öffentlichen Dienst hat auch das arbeitsrechtliche Institut der Tariffähigkeit und den Gewerkschaftsbegriff den Kategorien des öffentlichen Dienstes angepaßt. Die Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, gemäß § 2 TVG einen Tarifvertrag zu schließen. Auf der Arbeitnehmerseite haben diese Fähigkeiten nur die Gewerkschaften.

Den Beamtengewerkschaften fehlt die für den arbeitsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff erforderliche Voraussetzung [1], für Tarifverträge, Schlichtung und Arbeitskampf zuständig zu sein, weil ihre

[1] Ebert, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 18; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, § 6 III 3

Mitglieder in keinem privaten Arbeitsverhältnis stehen. Gleichwohl können die Beamtenverbände als Berufsverbände unter den Gewerkschaftsbegriff [1] fallen, wenn die übrigen Voraussetzungen des Gewerkschaftsbegriffs erfüllt sind [2]. Nach der Rechtsprechung [3] wird bei den Gewerkschaften der Beamten daher ihre Tariffähigkeit nicht vorausgesetzt. Das Bundesverfassungsgericht [4] hat im übrigen auch den arbeitsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff dahingehend eingeschränkt, daß für ihn nicht mehr die Streikwilligkeit und Arbeitskampfbereitschaft verlangt wird.

Berufsverbände, in denen Beamte und Angestellte zusammengeschlossen sind, erfüllen die Voraussetzungen der Tariffähigkeit und den auf der Arbeitnehmerseite hiermit zusammenhängenden Gewerkschaftsbegriff, wenn sie sich in Bezug auf ihre Staatsangestellten mit funktionell untergeordneten Tätigkeiten zu den zulässigen gewerkschaftlichen Kampfmitteln bekennen und eine entsprechende organisatorische Trennung und Abstimmung durchführen [5].

1) Bei Gewerkschaften muß es sich um eine freiwillige Vereinigung von Arbeitnehmern handeln, die sich mit der Regelung der Arbeitsverhältnisse durch Tarifvertrag beschäftigt

2) Schnorr, Der Begriff der Gewerkschaft, RdA 1953, 377 ff.; Wacke, Das Personalvertretungsgesetz und seine Kommentare, JZ 1957, 293; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, § 20 B 1

3) BAG, in : AP Nr. 13 zu § 2 TVG; BAG, in : NJW 1968, 2160; ebenso Thorn, Zum Gewerkschaftsbegriff im Sinne des Personalvertretungsgesetzes, RiA 1958,230

4) BVerfG E 18, 18; ebenso BayVerfGH E NF Bd. 8 II,11

5) BAG, in : AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG

Das öffentliche Dienstrecht hat somit, wie oben erörtert, zentrale arbeitsrechtliche Institutionen und Begriffe übernommen und zu eigenständigen Rechtsinstituten des öffentlichen Dienstrechts umgewandelt, die die Besonderheiten der Dienstverhältnisse der Staatsangestellten und Beamten berücksichtigen. Der Begriff der Gewerkschaften ist schon in verschiedene Regelungen des Beamtenrechts[1] aufgenommen und wird hier offensichtlich nicht mehr im ursprünglich arbeitsrechtlichen Sinne verwendet. Das gleiche gilt von den Regelungen in den §§ 22, 26, 35, 38, 50, 55, 77 BPersVertrG.

Abschließend ist zu fragen, welche Gemeinsamkeiten und Überschneidungen der privat- und öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse gegeben sind und welche Bedeutung sie für die Eigenart des "privatrechtlichen Sonderverhältnisses"[2] der Staatsangestellten haben. Die Ermittlung des Sinns und Zwecks dieses Dienstverhältnisses ist notwendig für die Feststellung der rechtlichen Maßstäbe einer Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten.

1) z. B. §§ 91 Abs. I und II, 94 BBG; §§ 103 Abs. I und II, 106 Abs. I und II LBG

2) Terminologie nach Wolff, Verwaltungsrecht II, § 118 I b

III. Überschneidungen und Gemeinsamkeiten der Pflichtenbindungen der Beamten und Staatsangestellten

Die Gründe, die zu dem Entstehen einer unterschiedlichen Treuebindung von Staatsangestellten und Beamten geführt haben, beruhen auf geschichtlichen, wirtschaftlichen und personalpolitischen Voraussetzungen. Die rechtliche Unterscheidung der Aufgabenbereiche beider Dienstverhältnisse wird durch Art. 33 Abs. IV GG, § 2 Abs. II BRRG, § 4 Abs. II BBG, § 4 Abs. II LBG getroffen. In der Praxis haben die Fragen der Dauer der Anstellung, der Haushaltsmittel für die Besoldung sowie das Erfordernis einer Planstelle eine überragende Bedeutung. Die Aufgabenverteilung zwischen Staatsangestellten und Beamten hängt oft nicht von rechtlichen Gesichtspunkten, sondern von der Tradition des einzelnen Dienstzweigs ab. Gerade die Dienstleistungsbetriebe Bundesbahn und Bundespost haben vorwiegend aus historischen und traditionellen Gründen [1] einen hohen Anteil von Beamten. Ebenfalls traditionelle und historische Gründe hat der hohe Anteil von Angestellten in den kommunalen Verwaltungen.

[1] Thieme, Verwaltungslehre, S. 168

Der durch das Grundgesetz geforderten Trennung, die den Beamten die hoheitsrechtlichen Befugnisse vorbehält, entsprechen grundlegende Unterschiede in den Begründungs- und Beendigungsmodalitäten und der dienstrechtlichen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse, zum Beispiel in der Frage des Streikrechts und im Rechtsweg bei Streitigkeiten über dienstliche Angelegenheiten der Staatsangestellten oder Beamten. Andererseits ergeben sich nicht unbedeutende Überschneidungen und Gemeinsamkeiten der Dienstverhältnisse, wie etwa die Personalvertretungsgesetze zeigen. Die berufliche Einordnung in die mittelbare oder unmittelbare Erfüllung hoheitsrechtlicher Befugnisse führt zu einer gesteigerten oder beamtenähnlichen öffentlich-rechtlichen Pflichtenbindung, die durch den im Interesse der Allgemeinheit bestehenden gemeinsamen Funktionszweck des gesamten öffentlichen Dienstes bestimmt wird.

Im Einzelfall kann eine Bestimmung unmöglich sein, welche Träger von Teilaufgaben in den funktional tief gegliederten Verwaltungseinrichtungen noch Hoheitsaufgaben wahrnehmen. Die Schwierigkeiten vermehren sich durch die Verzahnung der Tätigkeiten von Beamten und Angestellten und durch moderne Arbeitsmethoden, die die Fallbearbeitung und die Fallentscheidung personal trennen. Die Verwaltungsbehörden selbst haben sich in den meisten Bereichen in diesem Jahrhundert von Repräsentanten der Obrigkeit zur Einrichtung für staatliche Dienstleistungen entwickelt.

Die Rechtsstellung der Staatsangestellten, die neben dem Beamtenrecht in den organisatorischen Teil der Staatsverfassung einzuordnen ist, wird vom Grundgesetz in erster Linie unter dem Gesichtspunkt von Zuständigkeiten im Zusammenhang mit den Staatsfunktionen, mithin als ein Rechtsverhältnis zur Erfüllung des öffentlichen Dienstes, gordnet [1]. Erst in zweiter Linie sieht das Grundgesetz die Fragen des öffentlichen Dienstes unter dem Gesichtspunkt der Rechte und Pflichten der Staatsbediensteten [2]. Diese subjektive Stellung der Beamten und Staatsangestellten richtet sich entscheidend nach den Aufgaben und der verfassungsrechtlichen Lage der Institution, der sie angehören.

Ist die Funktion des Staatsangestellten im Einzelfall nicht, wie vom BAT stillschweigend als Regelfall vorausgesetzt, untergeordneter, mehr weisungsgebundener Art, sondern stellt sie für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerade eine nicht untergeordnete Funktion dar, so werden im Wege der erweiternden Auslegung gemäß der Generalklausel des § 8 BAT und der genannten Verfassungsbestimmungen der Länder, etwa Art. 80 Abs. I der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, eventuell vorhandene Lücken in Bezug auf eine beamtenrechtliche Pflichtenbindung ausgefüllt. Die ergänzende dienstrechtliche Auslegung greift aber nur dann ein, wenn es um die öffentlich-rechtlichen

1) Vgl. hierzu die obigen Ausführungen auf S. 41 o., 52, 57 ff., 87

2) Zur Entwicklung dieses Ergebnisses s.o. S. 75, 76, 79, 80, 101

Bindungen unterliegende inhaltliche Ausgestaltung des Dienstverhältnisses geht und der Staatsangestellte tatsächlich beamtenähnliche Funktionen wahrnimmt. Im sogenannten privatrechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestand - fußend auf den Begründungs- und Beendigungsmodalitäten des Dienstverhältnisses - sind grundlegend andere Regelungen als im Beamtenrecht möglich und zulässig.

Unter diesem Blickpunkt lassen sich die unterschiedlichen Tendenzen von der Art, daß die Entwicklung des Beamtenrechts und des Dienstrechts der Staatsangestellten in einzelnen Punkten zur Deckung dieser Rechtsgebiete führt, in anderen Punkten aber auseinanderstrebt, systematisch einordnen. Somit kann nicht generell behauptet werden, daß das Recht der Staatsangestellten sich einseitig dem Beamtenrecht nähere. Vielmehr besteht eine gegenseitige fruchtbare Beeinflussung, bei der der Einfluß des Beamtenrechts bislang allerdings überwiegt.

Eine ähnliche Wertung und Auslegung der Pflichtenbindungen der Staatsangestellten, wie sie in dieser Untersuchung vorgenommen wurde, geschah schon sehr früh durch das Hessische Gesetz über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst i. d. F. vom 11. November 1954 [1]. Allen Staatsbediensteten wurden dieselben Pflichten auferlegt. Nach § 2 des Gesetzes wurden nur diejenigen Personen ausgenommen, die mit rein manuellen Tätigkeiten beschäftigt sind. Eine derartige generelle

[1] GVBl. S. 233

Gleichstellung der Pflichtenbindung konnte nach der geltenden Rechtslage in der vorliegenden Studie nicht vorgenommen werden, in Ermangelung dem Hessischen Gesetz ähnlicher Gesetze in anderen deutschen Ländern ist die Gleichstellung der Pflichtenbindung nur unter diesen Voraussetzungen vertretbar.

Entscheidend für eine Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten sind nicht die bestehenden und zulässigen Unterschiede im Begründungstatbestand des Dienstverhältnisses, sondern ist die Tatsache, daß in dienstrechtlicher Hinsicht die gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Bindungen sich sehr nahe gekommen sind und unter bestimmten Voraussetzungen sogar trotz unterschiedlicher Regelungen im Wege der ergänzenden Auslegung des BAT zur Übereinstimmung gelangen können. Hieraus kann nun die grundrechtliche Stellung der Staatsangestellten erhellt werden.

Es ist nicht beabsichtigt, die Bedeutung einzelner Grundrechte für das Dienstverhältnis der Staatsangestellten zu ermitteln, sondern, für dieses beamtenähnliche, öffentlich-rechtlich gebundene Treueverhältnis nach den Grundlagen und rechtlichen Maßstäben zu forschen, die es letztlich als besonderes Gewaltverhältnis qualifizieren.

D R I T T E R T E I L

Der Geltungsbereich der Grundrechte im Dienstverhältnis der Staatsangestellten

I. Das Kriterium des besonderen Gewaltverhältnisses im Beamtenrecht

1. Problemstellung

Die Untersuchung hat die Pflichtenbindung der Staatsangestellten und den Rechtscharakter ihres Dienstverhältnisses zunächst in vergleichendem Bezug zum Beamtenrecht erörtert und muß nun zunächst für die Einschränkung von Grundrechten das heute im wesentlichen unstreitige besondere Gewaltverhältnis der Beamten darstellen. Die Frage der Grundrechtsbeschränkungen überschneidet sich mit der Frage der Pflichtenbindung im dienstlichen Rechtsverhältnis. Es ist zu untersuchen, inwieweit die Grundsätze des besonderen Gewaltverhältnisses im Beamtenrecht auch im Dienstverhältnis der Staatsangestellten gelten. Dabei liegt es nahe, anzunehmen, daß die Grundsätze, die bezüglich der ergänzenden Auslegung gemäß § 8 BAT für die Geltung gemeinsamer Pflichtenbindungen von Beamten und Staatsangestellten entwickelt wurden, auch für das Problem einer Grundrechtsbeschränkung anwendbar seien.

Die folgenden Ausführungen sind als Konsequenz der im ersten und zweiten Teil der Darlegungen umrissenen Grundlegung des Rechtscharakters des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten zu verstehen, sie

nehmen auf diese Darstellung auch ohne ausdrückliche Verweisung Bezug.

2. Der Begriff des allgemeinen Gewaltverhältnisses

Unter einem Gewaltverhältnis wird regelmäßig im öffentlichen Recht nur das besondere verstanden. Das allgemeine Gewaltverhältnis ist jedoch begriffsnotwendig für die Konstruktion des besonderen Gewaltverhältnisses. Das allgemeine Gewaltverhältnis wird verstanden als die öffentlich-rechtliche Beziehung des Staates zu jedem seiner Bürger, nämlich als das aus dem Staatsbegriff, der den Begriff der Staatsgewalt zum Inhalt hat, fließende Unterworfensein unter die Staatsgewalt [1]. Es betrifft diejenigen Bürger, auf die sich die Hoheitsgewalt des Staates sowohl tatsächlich als auch rechtlich erstreckt und bezieht sich auf ihren privaten Bereich, nicht auf die etwaige Inhaberschaft hoheitsrechtlicher Befugnisse oder eines öffentlichen Amtes [2]; diese Rechtsbeziehungen des besonderen Gewaltverhältnisses sind spezieller Art. Wegen der für den Bürger allumfassenden Bedeutung des allgemeinen Gewaltverhältnisses können hierzu keine generellen

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1

2) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 10 II; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 32 IV c

Rechtsgrundsätze entwickelt werden. Das allgemeine Gewaltverhältnis kann daher nur in speziellen Rechtsbeziehungen des Bürgers zum Staat bedeutsam und problematisch werden [1].

Die staatliche Gewalt darf auf Grund des im letzten Jahrhundert entwickelten Legalitätsprinzips, das auch das Gebot zur Wahrung der Grundrechte beinhaltet [2], nur auf Grund eines Gesetzes in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen und damit das allgemeine Gewaltverhältnis im Einzelfall verändern [3]. Dabei sind die Grundrechte die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zugunsten des Bürgers, deren Regelung ergibt, daß der Bürger sich gegenüber der Staatsgewalt auf diese Rechte berufen und ihre Beachtung verlangen kann [4].

1) Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 617; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 9 I b

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 30 II b 3

3) Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 617; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 9 I b

4) Das pr. ALR von 1794 grenzte bezüglich der "Militär- und Civilbedienten" in Teil II Titel 10 § 2 ab : "Sie sind außer den allgemeinen Unterthanenpflichten dem Oberhaupte des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig." Nach heutigen Rechtsbegriffen sind die"allgemeinen Unterthanenpflichten" die allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten des allgemeinen Gewaltverhältnisses, über die hinaus der Staat nicht in die Rechte des Bürgers eingreifen darf.

Hesse [1] leugnet allerdings das Bestehen eines algemeinen Gewaltverhältnisses im bundesrepublikanischen Rechtsstaat : "In den Grundrechten des Grundgesetzes verbinden sich, unterschiedlich akzentuiert und oft in fließenden Übergängen, mehrere Bedeutungsschichten. Einerseits sind sie subjektive Rechte, Rechte des Einzelnen, und zwar nicht nur in den Menschen- und Bürgerrechten im engeren Sinn (zum Beispiel Art. 3, 4, 5, 8, 9), sondern auch dort, wo sie zugleich ein Rechtsinstitut oder die Freiheit des Lebensbereichs gewährleisten (zum Beispiel Art. 6 Abs. I, 14 Abs. I, 5 Abs. III). Andererseits sind sie Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens."

Die Grundrechte wirken seiner Ansicht nach wegen dieses Doppelcharakters statusbegründend, und zwar dergestalt, daß sie als subjektive Rechte den Rechtszustand des Einzelnen in seinen Fundamenten bestimmen und als objektive Grundelemente der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung andererseits erst durch die Aktualisierung der subjektiven Rechte verwirklicht werden könnten. Dieser verfassungsrechtliche Status werde als allgemeiner staatsbürgerlicher Status neben den und im Rahmen der Grundrechte durch die Gesetze bestimmt und sei ein "materieller Rechtsstatus". Entgegen der Dürig'schen [2] Konstruktion eines geschlossenen Wertsystems der Grundrechte läßt

1) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 9 II

2) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. I Rn. 6; Dürig, Anm. zu BVerfG E 6, 32 ff., in : JZ 1957, 167 ff.

sich nach Hesses Auffassung der allgemeine staatsbürgerliche Status nicht auf die formalen und abstrakten Kategorien eines durch Gewaltunterworfenheit geprägten Verhältnisses zweier Willenssubjekte, nämlich Staat und Individuum, reduzieren.

Die Auffassung Hesses ist jedoch vereinzelt geblieben. Das Ineinandergreifen von subjektiven Rechten und verfassungsmäßiger Ordnung, das den Kern des allgemeinen staatsbürgerlichen Status bilden soll, hat zur Voraussetzung, daß Staat und Gesellschaft keine Gegensätze bilden und stufenlos ineinander übergehen. Nur unter diesen Voraussetzungen kann eine besondere Gewaltunterworfenheit der Staatsbediensteten als die bloße Konkretisierung ihres allgemeinen staatsbürgerlichen Status dargestellt werden. Praktische Konsequenzen der abweichenden Begriffsprägungen Hesses ergeben sich aber nicht, da er die rechtlichen Maßstäbe für eine Grundrechtsbeschränkung in Sonderstatusverhältnissen in Einklang mit der herrschenden Lehre festlegt [1].

3. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis

a. Die Entwicklung des besonderen Gewaltverhältnisses

Im Zeitalter des Absolutismus war die gesamte Staatsgewalt in der Hand des Landesherrn vereinigt. Der unter Friedrich Wilhelm I. noch vorherrschende Typus

[1] Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 10 III

des uneigennützigen Amtswalters als eines Privatangestellten des Fürsten wandelte sich durch den aufgeklärten Absolutismus, in dem die Staatsgewalt als entpersönlicht und verselbständigt galt, zu einem beamtenähnlichen und allgemein, d. h. damals für den Staat nützlichen, Amtswalterverhältnis. Grundsätzlich galt aber auch für den schlichten Staatsbürger noch der Satz : quod principi placuit, legis habet vigorem. Demzufolge gab es noch keinen rechtlich wesentlichen Unterschied zwischen dem allgemeinen Gewaltverhältnis und dem speziellen Amtswalterverhältnis.

Nach dem Wiener Kongreß war die Auseinandersetzung der politischen und sozialen Befreiung des Einzelnen von der Fürstensouveränität unentschieden geblieben [1]. Die nach der Wiener Bundesakte zu schaffenden Verfassungen der deutschen Einzelstaaten bildeten nur Kompromisse in dem Dualismus von Fürst und Volk, der nur durch die Teilhabe der bürgerlichen Beamtenschaft an der Staatsgewalt abgemildert war. Das Ergebnis der auf Teilhabe an der staatlichen Macht drängenden Gesellschaft war die verfassungsrechtliche Sicherung vor Eingriffen des Staates in die Rechte des Bürgers; diese neuartigen "Freiheit-und-Eigentum" - Schutzklauseln [2] des allgemeinen Gewaltverhältnisses gehen zurück auf die staatsphilosophischen Gedanken des 18. Jahrhunderts, insbesondere die naturrechtliche Lehre von den Menschenrechten, die Idee der Gewaltenteilung und

1) Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band II, S. 310 ff.

2) Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band I, S. 346 f.; Band III, S. 99, 913

Volkssouveränität und die Lehren von Locke, Montesquieu und Rousseau [1].

Eine Ausnahme von diesem verfassungsrechtlichen Schutz gegenüber dem Staat bestand für solche Personen, die sich in seine Einflußsphäre begeben hatten, das heißt durch den Eintritt in die gegen die Gesellschaft abgesicherte und ihr gegenüber stehende Staatsorganisation, und somit als Amtswalter sich in einer besonderen Rechtsstellung befanden [2]. Hier verblieb dem Landesherrn ein übergeordnetes Befehlsrecht ohne Begrenzung durch eine Ermächtigungsgrundlage. Das gleiche galt für die Tätigkeit der Verwaltung durch Anstalten oder anstaltsähnliche Institutionen. Für den auf die Antithese von Staat und Individuum festgelegten Staat war die Vorstellung eines Eingriffs in die Rechtsstellung desjenigen, der aus der Gesellschaft heraus in die Staats- oder Anstaltsgewalt eingetreten war, nicht vollziehbar [3].

Der Gegensatz zwischen Staats- und Volkssouveränität war zunächst durch das vor allem Freiherrn vom Stein zukommende Verdienst gemildert worden, der durch seinen Einfluß über Preußen hinaus das Prinzip der Selbstverwaltung in Ansätzen verwirk-

1) Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 21 ff.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 9 I b 2

3) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 21 ff.

lichte [1]. Trotz dieser Entwicklung bleiben aber die aus der bürgerlichen Gesellschaft herausgetretenen Personen, wie Amtswalter und Soldaten, und die von der anstaltsmäßig organisierten Leistungstätigkeit des Staates umfaßten Personen von der "Freiheit-und-Eigentum"-Klausel ausgenommen, weil sie in das "Innenrechtsverhältnis" [2] der gegen die Gesellschaft abgesicherten und ihr gegenüberstehenden Staatsorganisation eingetreten waren. Der Gedanke der Eingliederung des Bürgertums in die Staatsorganisation wurde im monarchischen Staat des 19. Jahrhunderts nicht verwirklicht, das Bestreben der Gesellschaft ging mehr auf die Freiheit von der Staatsgewalt als auf die Integration in den monarchischen Staat [3].

Erst mit dem Übergang zur Demokratie verblaßte der Gegensatz von Staat und Gesellschaft [4]. Doch das Beamtentum verstand seine Rolle autoritär und traditionell in der Wahrung der Loyalität gegenüber dem Staat, dieser aber konnte nunmehr zur Domäne der jeweils herrschenden Gruppe werden. Für das im demokratischen Staat in Neutralität gegenüber den politischen Gruppen beharrende Beamtentum haben die konstitutionell-monarchischen Kategorien des Innen- und Außenrechtsverhältnisses ihre Bedeutung verloren. Die vom konstitutionell-monarchischen Staat gezogenen systematischen Grenzen ver-

1) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 9 I c, d; § 80 III, IV

2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 128

3) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 80 IV c; Scupin, in : Festschrift für Herbert Kraus, S. 317, 319

4) Vgl. Scupin, in: Festschrift für Kraus, S. 323

loren ihre Berechtigung, wenigstens insoweit als die im staatlichen Innenbereich befindlichen besonderen Gewaltverhältnisse vom Recht überhaupt ausgeschlossen waren.

Heute ist unter dem Einfluß der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. IV GG die Stellung der in einem besonderen Gewaltverhältnis stehenden Personen durch Rechtsprechung und Lehre dadurch verstärkt, daß über die Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus weitgehend auch die im staatlichen Innenbereich ergehenden Maßnahmen als anfechtbare Verwaltungsakte erachtet werden. Die heutige Entwicklung des besonderen Rechtsverhältnisses derjenigen Personen, die beruflich in die staatlichen Organisationen eingegliedert sind, verläuft der konstitutionell-monarchischen Ära entgegengesetzt.

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG ist nicht eingeschränkt hinsichtlich der persönlichen, die innerdienstlichen Verpflichtungen nicht berührenden Rechte der Staatsangestellten. Ihre in dem außerdienstlichen Bereich bestehenden vermögens- und auch nichtvermögensrechtlichen Ansprüche sind durch Art. 19 Abs. IV GG geschützt. Für den rechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestand des Staatsangestelltenverhältnisses ergibt sich dieses Grundrecht auf Rechtsschutz schon daraus, daß es keiner öffentlich-rechtlichen, im Interesse der Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes geforderten Bindung unterliegt. Hier ist nach Art. 19 Abs. IV Satz 2 GG der Weg zu den Arbeitsgerichten gegeben.

Die früher [1] vertretene Auffassung, Art. 19 Abs. IV GG gelte nur im allgemeinen Gewaltverhältnis, ist heute aufgegeben [2]. Für die Beamten ist anerkannt, daß Rechtsschutz besteht, falls sich die potentiellen Wirkungen der Anordnungen nicht auf die Stellung des Beamten als Amtsträger beschränken, sondern über die Konkretisierung der innerdienstlichen Gehorsamspflicht hinaus auch auf dessen persönlichen Bereich erstrecken [3]. Daher hindert Art. 19 Abs. IV GG auch nicht den Rechtsschutz im dienstrechtlichen Rechtsverhältnis der Staatsangestellten.

Diese Rechtsentwicklung spricht für die genannte neuere Auffassung Hesses [4], nach der die Sonderstatusverhältnisse als bloße Konkretisierung eines allgemeinen Gewaltverhältnisses anzusehen sind. Nach dieser Auffassung kann für eine Grundrechtsbeschränkung nicht die öffentlich-rechtliche Rechtsform der im staatlichen Innenbereich befindlichen besonderen Gewaltverhältnisse entscheidend sein, sondern nur die berufliche Einordnung in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die Beschränkung von Grundrechten wäre unter diesen Voraussetzungen sowohl im Dienstverhältnis

1) Friesenhahn, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner GG, DVBl. 1949, 481; v. Mangoldt-Klein, GG, 1. Auflage, Art. 19 Anm. 6

2) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 19 Erl. VII 6 a; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. IV Rn. 25; Wernicke, in : Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. II Anm. 4 g; Ule, in : Die Grundrechte, S. 640

3) BVerwG E 14, 84; 19, 21

4) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 9 II

der Staatsangestellten als auch der Beamten nicht mehr durch die Gewaltunterworfenheit der gesellschaftsexternen Integration der Staatsbediensteten gekennzeichnet, sondern es würde durch die Voraussetzungen der Unterordnung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten unter die öffentlichen Staatsfunktionen, die bei den Beamten das besondere Gewaltverhältnis bilden, lediglich ein aus anderen Gründen gerechtfertigtes Abhängigkeitsverhältnis umschrieben, nicht aber begründet, was im folgenden erörtert werden soll.

b. Der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses

Von seinem Wortsinn her ist dieser Begriff insofern irreführend, als er das Erfassen eines Rechtsverhältnisses mit besonderer Gewalt bedeutet. Die hiermit gemeinte besonders nahe Beziehung zur Staatsgewalt erfährt eine gradmäßige Abstufung etwa von den Strafgefangenenverhältnissen über die Beamtenverhältnisse bis hin zu den die Benutzung öffentlicher Anstalten betreffenden Rechtsverhältnisse [1], deren Integration in die staatliche Gewalt sich auf die Nutzung öffentlicher Mittel beschränkt.

Die Ausstrahlung "besonderer Gewalt" kann letztlich bis auf Null reduziert werden, sodaß die Integration des Bürgers "nicht so sehr in einem

[1] Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII a; § 32 IV c 3

'besonderen Gewaltverhältnis' als in einer je besonderen Art des 'allgemeinen Gewaltverhältnisses' besteht" [1]. Das Maß der staatlichen Regelungsbefugnis im besonderen Gewaltverhältnis, die als angebliche "Lücke im Rechtsstaat" [2] auch heute noch der rechtssatzmäßigen Normierung weitgehend entzogen sei, hängt vom Maß der Integration des Bürgers in die staatliche Organisation ab. Böckenförde [3] bemerkt zutreffend, daß der Eigenbereich der Exekutive nur ein "relativer, zur gesetzgebenden Gewalt hin im allgemeinen offener" sei.

Das besondere Gewaltverhältnis ist für die vorliegende Studie auf das Beamtenverhältnis zu begrenzen. Es kann auch für dieses nicht mit abstrakten Maßstäben festgelegt werden, da das Maß der Abhängigkeit aus dem Maß der Integration des einzelnen Beamten in die staatliche Organisation folgt. Insgesamt sind die Fragen aus diesem Rechtsverhältnis in vielfältiger Weise aus historischen Abhängigkeiten zu erklären.

Das Wort "Gewalt" kann aus dem staatsrechtlichen Begriff der Staatsgewalt hergeleitet werden und bedeutet die Ausübung rechtmäßiger Herrschaft. Sie regelt die Rechtsbeziehungen der Staatsbediensteten zum Staate und zu ihrer Anstellungskörperschaft. Über das Erfordernis der Rechtsmäßigkeit der Herrschaftsausübung herrscht ein terminologischer Streit,

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 99 IV b 2

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1

3) Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, S. 84

der den überkommenen Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses durch Ersatzbegriffe wie "besonderes Pflichtverhältnis", "öffentlich-rechtliches" oder "verwaltungsrechtliches Sonderverhältnis" [1], "gegenseitiges Rechtsverhältnis" [2] oder einfach "Sonderstatus" [3] ersetzen will. In der besonderen Rechtsbeziehung des öffentlichen Dienstes werden die Rechte und Pflichten der Beamten aus dem allgemeinen Gewaltverhältnis zum Erreichen öffentlich-rechtlicher Zwecke gemäß dem Sinn des jeweiligen Sonderstatusverhältnisses modifiziert, um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu gewährleisten.

Das Wesen dieses Rechtsverhältnisses besteht somit nicht in der vordergründigen, formalen Kategorie der Gewaltunterworfenheit [4]; hierdurch wird nur eine historische Entwicklung gekennzeichnet. Bedeutender als das öffentlich-rechtliche Unterwerfungsverhältnis ist, daß eine Person als integriertes Glied im Staatsaufbau zugunsten der Funktion eines bestimmten Verwaltungszweckes unter einer unmittelbaren tatsächlichen Leitung der öffentlichen Gewalt steht. Ein einheitlicher Sonderstatus ist ein unrealistischer Gedanke, da dieser Status von den jeweiligen dienstlichen

1) Vgl. zusammenfassend Wolff, Verwaltungsrecht I, § 32 IV c 3

2) Hoffmann, Beamtentum und Streik, AöR 91, 179

3) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 10 III 1 b

4) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 86; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 10 III 1 b

Obliegenheiten des einzelnen Staatsbediensteten abhängt ; daher kann es nur eine Vielzahl unterschiedlicher Sonderverhältnisse geben, die in der Modifizierung des allgemeinen Gewaltverhältnisses übereinstimmen [1].

c. Die Geltung der Grundrechte in den besonderen Gewaltverhältnissen

Das Herausarbeiten des Ursprungs der Sonderverhältnisse aus der Ausprägung durch die Herrschaftsgewalt des Fürsten [2] hat gezeigt, daß das Maß der Integration und Gewaltunterworfenheit den jeweils vorherrschenden Rechts- und Sozialvorstellungen entspricht und sich nach der Stellung des Einzelmenschen im Staat richtet. Früher [3] wurde von einigen angenommen, der Grundrechts-

1) Köhl, Zur Frage des Besonderen Gewaltverhältnisses, ZBR 1957, 123; v. Münch, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 210; Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 618 sieht die Übereinstimmung darin, daß die Verwaltung ein "gesetzlich nicht spezifiziertes Eingriffsrecht ausübt in einer Form, die man in einem weiteren Sinne als disziplinär bezeichnen kann."

2) s. o. S. 17, 18; ferner Herbert Krüger, in : VVDStRL, Heft 15, S. 130; Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 620 Anm. 17; Thieme, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 521, 522; Ermacora, Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung, DÖV 1956, 530

3) Friesenhahn, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner GG, DVBl. 1949, 481; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 370 und 384

teil des Grundgesetzes gelte nicht für das besondere Gewaltverhältnis. Heute herrscht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, sondern auch als objektive Normen ein Wertsystem statuieren, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Rechtsgebiete Geltung beansprucht [1]. Das gilt auch für die Ordnung innerhalb der Staatsorganisation, die auf den Mittelpunkt dieses Wertsystems ausgerichtet ist, nämlich die "innerhalb der Gemeinschaft sich frei entfaltende menschliche Persönlichkeit" [2].

Das besondere Gewaltverhältnis kann daher kein außerhalb der Verfassung stehendes Rechtsinstitut sein. Das Grundgesetz bestimmt in Art. 1 Abs. I, daß alle, also auch die "besondere" staatliche Gewalt die Würde des Menschen zu achten habe. Da weiterhin gemäß Art. 1 Abs. III GG die Grundrechte für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung schlechthin verbindlich sind, müssen sie auch im besonderen Gewaltverhältnis Gültigkeit beanspruchen [3].

Die Auffassungen Forsthoffs [4], hier bestehe eine

1) BVerfG E 5, 204 ff.; 6, 40 f.; 6, 72; 7, 204 ff.; 10, 81; OVG Hamburg, in : DVBl. 1953, 510; Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 621; Bachof, in : Festschrift für Laforet, S. 287

2) BVerfG E 7, 205

3) Hamann, GG, Vorbem. 6 vor Art. 1; Ule, in : Die Grundrechte, S. 618; BGH, in : DÖV 1961, 309

4) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1

"Lücke im Rechtsstaat", oder Hildegard Krügers [1], "die besonderen Gewaltverhältnisse führen im Schatten der Verfassungen ein unkontrolliertes Schmarotzerleben und nähren sich vom jungen Stamm der Grundrechte, ohne genügend von Rechtsprechung und Rechtslehre kontrolliert zu werden", unterbewerten diesen Rechtsgesichtspunkt. Es ist daher überholt, in dem besonderen Gewaltverhältnis eine Art gesetzesfreier Haus- und Herrengewalt zu sehen, die außerhalb von Recht und Verfassung stehe [2].

d. Die Maßstäbe für eine Beschränkung von Grundrechten in den besonderen Gewaltverhältnissen

Rechtstechnisch handelt es sich bei dem Sammelbegriff des besonderen Gewaltverhältnisses um eine Generalklausel. Sie unterliegt als solche ebensowenig verfassungsrechtlichen Bedenken wie die polizeilichen Generalklauseln. Als allgemeine Regel des öffentlichen Dienstes hat sie die Schwelle des Art. 123 Abs. I GG passiert und ist ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes "allgemeines Gesetz" zum Beispiel im

1) Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 309; ähnlich Abelein, Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis, ZfP 1967, 332; Köhl, Zur Frage des Besonderen Gewaltverhältnisses, ZBR 1957, 123

2) Thieme, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 521

Sinne des Art. 5 Abs. II GG [1]. Es besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die Ausübung der Grundrechte beschränkt ist, soweit der Sinn und Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses es erfordert [2].

Wenn das Gewaltverhältnis durch einzelne Freiheitsbeschränkungen konkretisiert werden soll, sind zwei verfassungsrechtliche Fragen zu stellen, ob der Zweck, dem die einzelnen Beschränkungen dienen sollen, mit Rücksicht auf das Grundgesetz zulässig ist, und welche Schränken für welche Grundrechte durch den an sich zulässigen Zweck noch gerechtfertigt werden können. Maßgebend für den Umfang der Beschränkung von Grundrechten im öffentlichen Dienst ist die im Interesse der Allgemeinheit geforderte Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes [3]. Die Bewahrung und Sicherung dieses Dienstes an der Gesamtheit und für das Gemein-

1) BDH E 3, 299; 4, 72; BVerfG E 7, 207; 12, 124; BVerwG E 1, 57; v. Münch, Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, S. 37; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII b; im Ergebnis ebenso, in der Begründung abweichend v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 5 Erl. IX 1 e; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 69

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 32 IV c 3; OVG Hamburg, in : JZ 1964, 504

3) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 70; Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 312

wohl hat eine eigene Funktion im Staatsaufbau zu erfüllen, deren Aufhebung und Veränderung die Verfassungsordnung selbst treffen und verändern würde [1]. Gegenüber diesem Gebot der Verfassung haben einzelne Rechte der Staatsbediensteten zurückzutreten [2].

Die im besonderen Gewaltverhältnis zulässigen und erforderlichen Einschränkungen von Grundrechten ergeben sich aus dieser oben [3] dargestellten Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes, der in seiner Gesamtheit nach der Verfassung als Institution des Staatslebens von erheblichem Gewicht primär nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechte und Pflichten einzelner Staatsbediensteter, sondern im Zusammenhang mit den Staatsfunktionen und Staatszwecken geordnet ist. Diese von der Verfassung stillschweigend als bestehend vorausgesetzten

1) OVG Rheinland-Pfalz, in ZBR 1955, 314 ff.; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 70

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 70; Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 312; Walter und Böhm, in : Festschrift für Sitzler, S. 196; BGH, in : DVBl. 1953, 370; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 III c; Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297 ff.

3) s. o. S. 156 mit Weiterverweisungen und S. 175

Beschränkungen in den Grundrechten wirken auch dann, wenn sie nicht ausdrücklich rechtlich geregelt sind [1]. Da das entscheidende Kriterium diese Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes ist, so ist es unerheblich, ob das Gewaltverhältnis zwangsweise oder freiwillig begründet worden ist [2]. Die Beschränkungsbefugnis des Staates wird begrenzt durch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit [3].

II. Die Bedeutung des privatrechtlichen Sonderverhältnisses

1. Das besondere Gewaltverhältnis als deskriptiver Oberbegriff

Das besondere Gewaltverhältnis als solches kann keine Beschränkung von Grundrechten im öffentlichen Dienst rechtfertigen. Als ein von der Verfassung abzuleitendes Rechtsinstitut ist es rechtsstaatlich begründet und der Verfassung untergeordnet. Der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses steht für eine Vielzahl von Einzeltatbeständen; er ist nicht

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII b

2) Ule, in : Die Grundrecht, S. 616; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 99 IV b 2

3) Schick, Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 68; OVG Hamburg, in : DVBl. 1953, 506

der Grund, sondern nur Oberbegriff und Verdeutlichung bestehender Grundrechtsschranken [1]. Der theoretisch durchaus entbehrliche Begriff veranschaulicht im besonderen Gewaltverhältnis der Beamten zusammengefaßt die Gesamtheit der Pflichten des Beamtenverhältnisses, die in den Beamtengesetzen nicht erschöpfend aufgezählt sind, um nicht die allgemeine Dienst- und Treuepflicht als Auffangtatbestand zu entwerten [2]. Das Dienst- und Treueverhältnis der Staatsangestellten entbehrt indes eines solchen deskriptiven Oberbegriffes, zumal in dem für sie maßgebenden BAT nur eine zu undifferenzierte und damit lückenhafte Pflichtenregelung getroffen worden ist.

Nach der Festellung, daß die Pflichtenbindungen der Staatsangestellten einer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung unterliegen und in bestimmten Fällen unmittelbar oder im Wege der ergänzenden Auslegung mit den beamtenrechtlichen Pflichten übereinstimmen können, liegt es nahe, den deskriptiven Oberbegriff des besonderen Gewaltverhältnisses auch auf dieses Rechtsverhältnis zu erstrecken. Dafür spricht auch die starke, im Interesse des gemeinnützigen Dienstes erforderliche "Gewaltunterworfenheit" der Staatsangestellten. Im Vergleich zu ihrem Rechtsverhältnis fällt

1) v. Münch, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 211, verwendet die Bezeichnung "vereinfachender Arbeitsbegriff"; abweichend die Formulierung Bochalli, LBG, Vorbem. § 55, "die Pflichten beruhen auf dem besonderen Gewaltverhältnis"

2) Bochalli, LBG, Vorbem. § 55

es auf, daß sogar das anstaltlich organisierte Leistungs- und Forderungsverhältnis, bei dem die Ausübung besonderer Gewalt bis auf Null reduziert sein kann, zu den besonderen Gewaltverhältnissen gerechnet wird [1].

Das Dienstverhältnis der Staatsangestellten ist dagegen kein bloßes Leistungs- und Forderungsverhältnis, sondern bedeutet eine verschärfte Abhängigkeit im Interesse des Gemeinwohls. Für dieses Abhängigkeitsverhältnis kann die Bezeichnung "besonderes Gewaltverhältnis" in ihrer Eigenschaft als deskriptiver Oberbegriff verwendet werden [2]. Die terminologische Bezeichnung als solche hat aber noch keine praktischen Konsequenzen. Es ist daher zu untersuchen, ob Grundrechtsbeschränkungen im Dienstverhältnis der Staatsangestellten nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben zu beurteilen sind.

1) Thieme, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 524; Herbert Krüger, in : VVDStRL, Heft 15, S. 110; Böttcher, in : Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 46, S. 52

2) Thieme, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 522; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 108, 109; ders., Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 279; Ule, in : Die Grundrechte, S. 620

2. Die verfassungsrechtliche Forderung und Rechtfertigung einer Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten

a. Das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten

Der oben genannte Begriff des privatrechtlichen Sonderverhältnisses wurde von Wolff [1] geprägt, der ohne nähere Begründung aus der Wahrnehmung öffentlicher "Amtsstellen" und den beamtenähnlichen Pflichtenbindungen die Notwendigkeit "gewisser Beschränkungen in der Ausübung von Grundrechten" im Dienstverhältnis der Staatsangestellten folgert. Die in der Literatur hierzu vertretenen Meinungen sind sich im Ergebnis einig. Die Begründung dieses Ergebnisses ist jedoch ungeklärt. Ebensowenig wie das besondere Gewaltverhältnis, das, wie erörtert, begrifflich auch für die Staatsangestellten Bedeutung hat, als solches Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigt, sind die Grundrechte der Staatsangestellten allein aus dem Grunde einschränkbar, daß diese Einschränkung nach allgemeiner Rechtsüberzeugung für zwingend notwendig erachtet wird.

[1] Wolff, Verwaltungsrecht II, § 118 I b

Die verfassungsrechtlich gewährleisteten subjektiven Grundrechte können nur soweit eingeschränkt werden, als die Verfassung selbst es vorsieht [1]. Die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen können nicht durch Recht niederen Ranges aufgehoben oder begrenzt werden; solche Einschränkungen sind nur dann rechtmäßig, wenn sie verfassungsrechtlich vorgesehen und bereits in den Grundlinien positiv bestimmt sind oder sich zumindest mittelbar aus dem Grundgesetz ergeben, weil sie dort vorausgesetzt werden. Es ist nicht erforderlich, daß der Rechtfertigungsgrund für die Grundrechtsbeschränkung durch einen ausdrücklichen Verfassungsvorbehalt wie etwa Art. 12 a oder 17 a GG

1) Böttcher, in : Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 46, S. 52; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 10 III 2; Hoffmann, Beamtentum und Streik, AöR 91, 180; Herbert Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, 628; ders., in : VVDStRL, Heft 15, S. 109 ff.; Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 621; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 Erl. XV 1 c; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. III Rn. 93, 98; Schick, Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 68, 70 ff.; Ule, in : Die Grundrechte, S. 616; Wilhelm, Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 364. Anderer Ansicht sind : Grewe, in : Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, S. 50; v. Münch, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 210; Wacke, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 60; ders., Öffentliches Dienstrecht, S. 14

gedeckt wird [1]. Die Schranken der weit gefaßten Grundrechtstatbestände können sich nur daraus ergeben, daß das Grundrecht selbst eine verfassungsunmittelbare Gewährleistungsschranke aufrichtet, daß ein Gesetzesvorbehalt besteht oder daß sogenannte immanente Schranken des Grundrechts zu berücksichtigen sind [2].

Die Grundrechte können also auch immanenten Schranken unterliegen, wenn das betreffende besondere Gewaltverhältnis von der Verfassung zugelassen ist. So besteht unzweifelhaft nicht für Strafgefangene das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. I GG, obwohl dieses Grundrecht nicht einmal eine gesetzliche Grundrechtsbeschränkung vorsieht [3].

Da also Grundrechtseinschränkungen nur durch die Verfassung selbst gerechtfertigt sein können, kann

1) Vgl. Böttcher, in : Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 46, S. 53, 69 f., v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 19 Bem. V 1; Schick, Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 71; Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 617

2) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Rn. 70 ff.

3) a. A. Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 624, der die These aufstellt, "daß ein besonderes Gewaltverhältnis Grundrechte jedenfalls soweit unangetastet sein lassen muß, wie diese nicht unter Gesetzesvorbehalt stehen. Das Gewaltverhältnis erscheint als besondere Form der Ausnutzung des Gesetzesvorbehalts".

weder der freiwillige Abschluß des zivilrechtlichen Dienstvertrages der Staatsangestellten als solcher noch seine Deutung als ein immanenter Grundrechtsverzicht [1] Rechtfertigung für eine Grundrechtsbeschränkung sein [2]. Insbesondere die Annahme, daß der Staatsangestellte bei Abschluß des Dienstvertrages konkludent auf die Grundrechte verzichte, ist eine unbegründete Fiktion [3].

Die beiden genannten Rechtfertigungen für Rechtsbeschränkungen sind im Beamtenrecht entwickelt worden. Sie können dahin zusammengefaßt werden, daß die Grundrechtsbeschränkung wegen des Einverständnisses des Beamten gerechtfertigt sei. Es ist aber anerkannt, daß die Grundrechte unveräußerlich und damit auch unverzichtbar sind [4]. Die Anwendung des Verzichtsbegriffes im öffentlichen Recht ist überdies prob-

1) a. A. LVG Rheinland-Pfalz, in : DVBl. 1952, 596; OVG Koblenz, in : DVBl. 1956, 27; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1; Herbert Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, 629; ders., in : VVDStRL, Heft 15, S. 130; Köttgen, Zum Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes, DVBl. 1951, 653; Thieme, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 524

2) Vor allem versagt diese Konstruktion bei unfreiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnissen, vgl. Ule, in : Die Grundrechte, S. 616

3) Bachof, in : Festschrift für Laforet, S. 301, 302; Böttcher, in : Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 46, S. 63; Hildegard Krüger, Die Grundrechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 618, 619; Ule, in : Die Grundrechte, S. 616

4) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnrn. 22, 74, 81

lematisch, weil es sich hierbei um einen schuldrechtlichen Verpflichtungstatbestand handelt. Das von Forsthoff [1] zitierte "volenti non fit iniuria" gilt nicht für die öffentlich-rechtliche Ebene der Über- und Unterordnung und würde gegen die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG verstoßen; eben wegen dieser Auffassung sieht Forsthoff [2] konsequent eine "Lücke im Rechtsstaat".

Außer an der Fragwürdigkeit, das aus dem Schuldrecht stammende Rechtsinstitut des Verzichts im Beamtenrecht und auf die Grundrechte anzuwenden, scheitert dieser rechtliche Konstruktionsversuch daran, daß der den Verzicht Fordernde nicht der rechtlich Überlegene sein darf [3]. Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt der Ernennung ist als Ausfluß der staatlichen Personalhoheit ein obrigkeitlicher Akt, der Dienstherr steht zum Bewerber in einem Über- und Unterordnungsverhältnis [4]. Dem rechtlich überlegenen Staat kommt daher gegenüber den Beamten auf Grund eines auf der Konstruktion der Gleichordnung der

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1; ebenso Abelein, Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis, ZfP 1967, 332; Köhl, Zur Frage des besonderen Gewaltverhältnisses, ZBR 1957, 123

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 7 A 1

3) v. Münch, Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, S. 27

4) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 111 IV f.

Vertragspartner basierenden Grundrechtsverzichts oder einer Freiwilligkeit der Begründung des Beamtenverhältnisses kein Recht auf Einschränkung von Grundrechten zu. Diese Befugnis des Staates ist nur durch die Ausübung hoheitlicher Gewalt auf Grund öffentlichen Rechts gerechtfertigt.

Im Recht der Staatsangestellten könnte dagegen vertraglich auf ein Recht bezüglich des privatrechtlichen Begründungstatbestandes verzichtet werden, da sich die Vertragspartner im Stadium des Vertragsabschlusses rechtlich gleichberechtigt gegenüber stehen. Solange sich eine Einschränkung von Freiheitsrechten im privatrechtlichen Bereich vollzieht, handelt es sich um keine Grundrechtsbeschränkung, da der Vertragspartner insoweit [1] keine staatliche Gewalt ausübt [2]. Das Problem eines Verzichts auf Grundrechte oder der Beschränkung von Grundrechten kommt in diesem Zusammenhang nur als vertragsrechtliche Verzichtserklärung in Betracht. Im übrigen wäre auch hier die Konstruktion eines wirksamen, konklu-

1) Nach dem oben S. 98 gewonnenen Ergebnis ist aber die Beschränkung von Grundrechten im dienstrechtlichen Rechtsverhältnis der Staatsangestellten, das ihre innerdienstliche Abhängigkeit von der ihnen als staatliche Gewalt übergeordneten Dienstbehörde zum Zwecke der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betrifft, durch die Ausübung hoheitlicher Gewalt begreifbar.

2) Ule, in : Die Grundrechte, S. 620; Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 621; BAG, in : AP Nr. 7 zu § 611 BGB

denten Verzichts auf Grundrechte eine Unterstellung in Gestalt einer Fiktion [1].

Selbst wenn ein Verzicht begründet werden könnte, ergeben sich Bedenken aus einer anderen rechtlichen Sicht, daß nämlich diese Einwilligung in zukünftige Grundrechtsbeschränkungen sich gerade auf das innerdienstliche Rechtsverhältnis der Staatsangestellten bezieht; hier liegt jedoch kein privatrechtliches, sondern ein öffentlich-rechtlich gebundenes Dienstverhältnis vor. Damit wird auch hier der Argumentation der Boden entzogen, die Grundrechtseinschränkungen damit zu rechtfertigen sucht, daß das Dienstverhältnis freiwillig begründet werde. Die privatrechtliche Gleichordnung besteht, wie erörtert, nur im Begründungs- und Beendigungstatbestand des Dienstverhältnisses. Nach Begründung des Dienstverhältnisses unterliegt der Staatsangestellte übergeordneter, hoheitlicher Staatsgewalt. Von nun an kann der Staat Grundrechtsbeschränkungen in keiner irgendwie gearteten privatrechtlichen Konstruktion rechtfertigen, sondern bedarf, wie alle öffentliche Gewalt, einer Rechtfertigung aus dem Grundgesetz [2]. Vor allem ist die Tendenz der Träger hoheitlicher Gewalt, durch Heranziehen privatrechtlicher Formen zur Gestaltung eines Sachverhalts sich

1) Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 311

2) Vgl. Wilhelm, Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 364

rechtsstaatlichen Beschränkungen zu entziehen, nicht zu billigen.

Es ist daher die verfassungsrechtliche Forderung und Rechtfertigung einer Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten zu untersuchen. Aus der Verfassung ist auch das zulässige Maß einer Grundrechtsbeschränkung zu entwickeln. Ausgangspunkt der Erörterungen ist die für den öffentlichen Dienst zentrale Verfassungsbestimmung des Art. 33 GG, da der Grundrechtskatalog weder das besondere Gewaltverhältnis noch eine Beschränkung von Grundrechten im Dienstrecht der Staatsangestellten ausdrücklich erwähnt, was auch nicht der Art der Grundrechtsgestaltung im Grundgesetz entspricht.

b. Die besondere Grundrechtsschranke des Art. 33 Abs. V GG im besonderen Rechtsverhältnis der Staatsangestellten

Art. 33 Abs. V GG ist nicht bloß Programmsatz, sondern aktuelles Recht, das inhaltlich verbindliche Grenzen setzt. Es stellt den Auftrag an den Gesetzgeber dar, das Recht des öffentlichen Dienstes mit Ausnahme der Angestellten und Arbeiter [1] unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Die in einem Gesetz, einer Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügung bestehende mögliche Nichtbeachtung des verfassungsrechtlichen Auftrags kann mit Rechtsbehelfen, etwa der Anfechtung einer auf Grund dieser Regelung ergangenen Einzelmaßnahme,

[1] BVerfG E 3, 162

dabei evtl. im Wege einer Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 GG, angefochten werden. Ein ausdrücklicher Rechtsschutz besteht gemäß § 90 BVerfGG.

Ob Art. 33 Abs. V GG für die Staatsangestellten eine besondere Grundrechtsschranke begründet, ist zweifelhaft, weil nach den im ersten Abschnitt des zweiten Teils der Untersuchung getroffenen Feststellungen die Staatsangestellten in diese Vorschrift nicht einbezogen sind. Diese Meinung wird vom BVerfG und den Koomentaren zum GG vertreten. Nach Auffassung Thiemes [1], der diese Meinungen nicht teilt, soll die Auslegung, die die Staatsangestellten nicht in den Art. 33 Abs. V GG einbezieht, "die auch für die Angestellten notwendige Grundrechtsbeschränkung kaum begründen können". Thieme argumentiert hierbei nicht konstruktiv und systematisch, sondern teleologisch vom Ergebnis her. Die Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend, weil zuvor feststehen müßte, daß sich aus keinem anderen Verfassungsgrundsatz eine Rechtfertigung für die Grundrechtsbeschränkung der Staatsangestellten ergeben kann.

Richtigerweise bemerkt Thieme an anderer Stelle [2], daß zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nicht der Grundrechtsschutz zählt. Art. 33 Abs. V GG behandelt jedoch ausschließlich diese Grundsätze, daher kann aus dieser Vorschrift keine

1) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 70 Anm. 19

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 55

Grundrechtsbeschränkung im gesamten öffentlichen Dienst hergeleitet werden. Es ist dogmatisch ungenau, daß die Grundrechte der Beamten inhaltlich nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums auszurichten seien [1], da die Verfassung höherrangiges Recht darstellt. Auch Thieme [2] stützt die Grundrechtsbeschränkung im öffentlichen Dienst in erster Linie darauf, daß der öffentliche Dienst ein Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist. Die gemeinnützige Funktion dieses Dienstes sei die Rechtfertigung für eine Grundrechtsbeschränkung : "Die Art und der Umfang der Einschränkung, die die Grundrechte für die öffentlichen Dienstnehmer erfahren, sind ebenfalls aus der Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes zu entwickeln."

Es ist kein Argument dagegen ersichtlich, daß diese Grundsätze nicht auch für das Dienstrecht der Staatsangestellten gelten. Eine unmittelbar auf Art. 33 Abs. V GG gestützte Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes ist aber als Grundlage für eine Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten nicht anwendbar, da Art. 33 Abs. V GG das Recht der Staatsangestellten nicht umfaßt. Es ist daher zu prüfen, ob aus allgemeinen Verfas-

1) a. A. Fischbach, BBG, Einleitung C I; Plog-Wiedow, BBG, § 2 Rn. 15; Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 312

2) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 70

sungsgrundsätzen oder der Gesamtschau einzelner Regelungen die Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten zu rechtfertigen ist.

Besondere Gewaltverhältnisse mit der Folge der über das allgemeine Gewaltverhältnis hinausgehenden Grundrechtsbeschränkung sind zulässig, wenn sie von der Verfassung selbst v o r a u s g e s e t z t sind. Es ist nicht erforderlich, daß das Grundgesetz die Garantie dieses besonderen Rechtsverhältnisses enthält [1]. Von dem beispielsweise in Art. 103 und 104 GG implizierten Strafgefangenenverhältnis wird eine verfassungsrechtliche Garantie wohl kaum ernsthaft behauptet werden können. Art. 104 Abs. 1 GG zielt aber auf die positivrechtlich geordnete Begründung dieses Verhältnisses und seine entsprechende Ausgestaltung. Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Grundrechtsbeschränkung in einem besonderen Gewaltverhältnis ist daher erforderlich und ausreichend, daß die Verfassung diese Rechtsverhältnisse bei ihrer Schaffung als institutionell bestehend voraussetzt. Nachkonstitutionell entstandene besondere Gewaltverhältnisse, wie das Soldatenverhältnis nach Art. 17 a GG gehören nur dann zur verfassungsmäßigen Ordnung, wenn nach dem gemäß herrschender Meinung [2] zwingenden Erfordernis des Art. 19 Abs. I Satz 2 GG die eingeschränkten Grundrechte ausdrücklich genannt werden. Vorkonstitutio-

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 128 II 2; Herbert Krüger, in : VVDStRL, Heft 15, S. 122 ff.; Ule, in: Die Grundrechte, S. 617

2) BVerfG E 2, 121; 5, 13; 8, 329

nelle besondere Gewaltverhältnisse unterliegen dieser Nennungspflicht nicht, wenn sie vom Grundgesetz als institutionell rechtmäßig vorausgesetzt wurden.

Das Dienstverhältnis der Staatsangestellten wurde vom Verfassungsgesetzgeber als ein in die verfassungsmäßige Ordnung integriertes Rechtsverhältnis übernommen und vorausgesetzt. Die besondere Grundrechtsschranke des Art. 33 Abs. V GG vermag für dieses Rechtsverhältnis keine Grundrechtsbeschränkung zu rechtfertigen. Eine solche kann sich aber aus dem Rechtscharakter des Dienstverhältnisses selbst, das die Verfassung übernommen hat, ergeben.

c. Grundrechtsschranken im Dienstverhältnis der Staatsangestellten auf Grund der Verfassungsfunktion ihres öffentlichen Dienstes

aa. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten

Nach der Fassung des Art. 19 Abs. I Satz 1 GG "Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht .. eingeschränkt werden kann" ist zu folgern, daß aus allen Abschnitten des Grundgesetzes und gemäß dessen Verfassungsgrundsätzen Grundrechte eingeschränkt werden können. Dieser Vorbehalt ergibt sich nicht immer eindeutig und kann auch aus den dem Grundgesetz zugrunde liegenden Wertungen geschlossen werden.

Das Dienstverhältnis der Staatsangestellten ist durch die in Art. 33 Abs. IV GG bestehende Abgrenzung, die auch für Abs. V gilt, zwar nicht verfassungsrechtlich anerkannt, aber doch von der Verfassung vorausgesetzt worden. Wie oben bereits ausgeführt, kann aus speziellen Begriffen dieser Vorschriften, insbesondere den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, keine Grundrechtsbeschränkung begründet werden. Mit dem Begriff des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses ist nur bezüglich der Beamten eine die Grundrechte einschränkende Pflichtenbindung verknüpft.

Bei der Schaffung des Grundgesetzes war bekannt, daß die früheren Regelungen des Dienst- und Treueverhältnisses durch die überkommenen Beamtengesetze und die weitergeltenden Tarifordnungen von 1938 wesensnotwendig eine Beschränkung von Grundrechten im öffentlichen Dienst bedeuten würden. Da sich die Regelung des Art. 19 Abs. I Satz 2 aber nicht auf dieses vorkonstitutionelle Dienstrecht beziehen sollte [1] und davon ausgegangen wurde, daß die bestehende Rechtslage im öffentlichen Dienst im wesentlichen nicht verändert werden sollte, war auch die hiermit verbundene Grundrechtsbeschränkung des gesamten Personals des öffentlichen Dienstes gewollt [2].

1) Herbert Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, 626

2) Herbert Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, 626

Wie bereits dargelegt, sieht das Grundgesetz das öffentliche Dienstrecht als einen Teil der Staatsverfassung an und stellt es in den Zusammenhang seiner Bedeutung für die Staatsfunktionen [1]. Das Dienst- und Treueverhältnis der Beamten wird nicht primär durch den gegenseitigen Bezug von Rechten und Pflichten zwischen Dienstherrn und Beamten als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis geprägt, sondern vor allem durch die ihm von der Verfassung gestellten Aufgaben [2]. Es geht dem Grundgesetz mit Art. 33 GG nicht einseitig um das Beamtenrecht, sondern um die damals ebenso aktuelle Abgrenzung vom Staatsangestelltentum. Die Bedeutung und steigende Anzahl von Staatsangestellten im öffentlichen Dienst war bekannt. Daher liegt der Regelung des Art. 33 GG die Annahme zugrunde, auch in Zukunft werde das Staatsangestelltentum wesentlich an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitwirken. Andernfalls hätte es nicht der beamtenfreundlichen Regelungen zum Schutze ihres Aufgabenbereiches bedurft.

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 28 II 2; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 15

2) Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956, 312; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 28 II 2

bb. Grenzen einer Grundrechtsbeschränkung auf Grund der Verfassungsfunktion des Staatsangestelltentums

Der Umfang der Grundrechtseinschränkung im öffentlichen Dienst ergibt sich aus der vom Art. 33 GG vorausgesetzten Verfassungsfunktion des gesamten öffentlichen Dienstes. Eine Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten darf nicht weitergehen, als der Sinn und Zweck des Dienst- und Treueverhältnisses es verlangt. Analog der Rechtsprechung [1] zum besonderen Gewaltverhältnis der Beamten kann diese Grenze hinsichtlich der insoweit betroffenen Grundrechte des Angestellten an der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG gemessen werden. Es ist nicht möglich, für jeden Einzelfall passend eindeutige abstrakte Maßstäbe für die Grenze einer zulässigen Grundrechtsbeschränkung festzulegen. Im Einzelfall ist gegebenenfalls eine Rangordnung unter den anwendbaren Rechtsmaßstäben zu schaffen [2].

Die Grenzen einer zulässigen Grundrechtsbeschränkung werden bestimmt durch Art. 1 Abs. I GG, nämlich durch die Würde des Menschen, die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG, das Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsgebot des Art. 3 GG, den Grundsatz der

[1] BVerfG E 7, 411; BVerwG E 4, 172

[2] Vgl. Crisolli-Tiedtke, § 8 BAT, Bem. 11

Erforderlichkeit [1] und bei minderjährigen Staatsangestellten durch das Erziehungsrecht der Eltern. Die Maßnahmen einer Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten dienen dem besonderen Zweck der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind nur möglich zum Zwecke der Abwehr und Beseitigung von Störungen und zur Bewahrung der Ordnung des öffentlichen Dienstes. Die Behörde darf sich durch ihre Maßnahmen nicht lediglich die Aufsicht über die Staatsangestellten erleichtern. Über die zur zweckgemäßen Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes notwendigen Leistungs- und Duldungspflichten hinaus dürfen keine übermäßigen oder unverhältnismäßigen, wenn auch zur Verwirklichung des öffentlichen Dienstes geeigneten Pflichtenbindungen auferlegt werden [2]. Der Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses soll nicht das tatsächliche Belieben der Verwaltung normativieren, sondern ist ausschließlich nach der objektiven Struktur der Institution zu entscheiden [3].

Die Grenzen ergeben sich weiterhin aus der jeweiligen Feststellung, ob es sich um Grundrechtsbeschränkungen handelt, die nur während des Dienstes, allgemein

1) Vgl. Böttcher, in : Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 46, S. 75; Schick, Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 71

2) Vgl. Crisolli-Tiedtke, § 8 BAT, Bem. 11

3) Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 620

im Dienst- und Behördenbereich oder aber auch für das Verhalten außerhalb des Dienstes gelten. Daneben ist speziell die Bedeutung der Amtsstellung des betreffenden Staatsangestellten erheblich.

Auch für Staatsangestellte dürfen die Grundrechtsschranken nicht enger gezogen werden als es die Funktionsfähigkeit ihres öffentlichen Dienstes erfordert. Obwohl der Gesetzgeber bislang unterlassen hat, für die Staatsangestellten einen beamtenähnlichen Disziplinarstrafenkatalog zu schaffen, findet eine Entlassung wegen eines innerdienstlichen Fehlverhaltens ihre Grenze an Art. 12 Abs. I GG [1]; sie ist nur als letztes, unerläßliches Mittel zur Ordnungsbewahrung oder Abwehr und Beseitigung erheblicher Störungen des öffentlichen Dienstes zulässig. Da das besondere Gewaltverhältnis den Einzelnen nahezu in seiner Gesamtheit trifft, folgt aus ihm umgekehrt eine besondere Fürsorgepflicht [2];

1) Für die Zukunft ist ernsthaft zu überlegen, ob die mangelnde disziplinäre Regelung für Staatsangestellte jedenfalls in den Fällen, in denen nach dieser Untersuchung keine übereinstimmende Pflichtenbindung mit den Beamten angenommen wurde, eine ungerechtfertigte Andersstellung der Angestellten darstellt und deshalb gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. I GG verstößt.

2) Herbert Krüger, in : VVDStRL, Heft 15, S. 116; v. Münch, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 1959, 209

sie ist sogar für das besondere Gewaltverhältnis der Strafgefangenen anerkannt [1]. Im Dienstverhältnis der Staatsangestellten bedeutet sie bei Ermessensentscheidungen eine wohlwollende, großzügige und gerechte Berücksichtigung ihrer Interessen [2].

cc. Allgemeine Grundrechtsschranken

Wie oben [3] erörtert, werden Grundrechte durch die Verfassung begrenzt, wenn die betreffenden besonderen Rechtsverhältnisse zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören [4]. Da diese Voraussetzung für das vorkonstitutionell überlieferte Dienstverhältnis der Staatsangestellten gegeben ist, kommt durch die Verfassung zum Ausdruck, daß sie die Eigengesetzlichkeiten dieses Dienstverhältnisses mit zu den Bestandteilen der verfassungsmäßigen Ordnung zählt. In dem in der Verfassung vorausgesetzten besonderen Gewaltverhältnis ist eine Grundrechtsbeschränkung zulässig, soweit die Eigenart dieses Sonderstatusverhältnisses eine Begrenzung der Grundrechte fordert.

1) BSG, in : NJW 1968, 1158; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnrn, 3, 13

2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 116 II b 1

3) s. o. S. 189, 190

4) Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 70; Hesse, Grundzüge de Verfassungsrechts, § 10 III 2

Die Grundrechte stehen andererseits mit der Verfassungsfunktion des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten in Wechselwirkung. Wegen des übergeordneten Rechts der Allgemeinheit auf Funktionsfähigkeit des gesamten, nicht nur des hoheitlichen öffentlichen Dienstes dürfen die grundrechtlichen Gewährleistungen die Funktion jener Dienstverhältnisse nicht wesentlich einschränken oder gar unmöglich machen. Andererseits muß bei der Einschränkung von Grundrechten der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Die Staatsgewalt bleibt ferner an das Wesen der Grundrechte gebunden und ist verpflichtet, unter Anlegung eines strengen Maßstabs diesem weitgehend zur Beachtung zu verhelfen [1]. In dem Dienstverhältnis der Staatsangestellten gelten die allgemeinen Begrenzungsmöglichkeiten der Grundrechte, soweit hierdurch die Funktion in der besonderen Ordnung des öffentlichen Dienstes nicht wesentlich beeinträchtigt wird [2]. Da der in dem besonderen Rechtsverhältnis stehende Staatsangestellte entgegen früherer Lehre kein Objekt der "besonderen" Staatsgewalt ist, können ihm keine weitergehenden Duldungs- oder Leistungspflichten auferlegt werden, als um der Funktionsfähigkeit des Dienstverhältnisses willen unbedingt notwendig ist [3]. Für die Grundrechtsschranken sind nicht nur die Vorschriften des BAT sowie die allgemeine Dienst-

1) Vgl. Bochalli, LBG, Vorbem. zu § 55

2) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 10 III 2

3) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 32 IV 3

und Treuepflicht, sondern auch Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Dienstanweisungen, Dienstbefehle und die Übung der Verwaltung als konkrete Ausgestaltungen zu beachten.

3. Grundrechtsschranken im Dienstverhältnis der Staatsangestellten auf Grund öffentlich-rechtlicher Bindungen des Dienstverhältnisses

Die öffentlich-rechtlichen Bindungen im Dienstverhältnis der Staatsangestellten bezwecken, diese für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrliche Gruppe von Dienstnehmern zu einem besonders kontrollierten Bestandteil des Staatsorganismus zu machen. Das Grundgesetz hat für die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben lediglich als Regelfall das Beamtenverhältnis vorgesehen. Art. 33 Abs. IV GG widerspricht aus diesem Grunde nicht der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten.

Diese Auffassung hat zur Folge, daß Art. 19 Abs. I Satz 2 GG möglicherweise auch auf den Bundes-Angestelltentarifvertrag, der von den Arbeitsgerichten ohnehin wie ein dienstrechtliches Gesetz gehandhabt wird, anzuwenden ist; um Klarheit zu schaffen, wäre de lege ferenda die Klausel hinzuzufügen : "Durch diesen Tarifvertrag können folgende Grundrechte in entsprechender Weise wie bei den Beamten eingeschränkt werden." Es ist allgemein auf die Verpflichtung des Staates hinzuweisen, daß er offen zu erkennen gibt, wo er Grundrechte einschränken will.

Diese de-lege-ferenda-Erwägung einer Nennung von Grundrechten im Bundes-Angestelltentarifvertrag ist jedoch nicht zwingend. Zum einen steht ihr entgegen, daß auch nach den Erörterungen der vorliegenden Studie das Dienstverhältnis der Staatsangestellten nicht insgesamt und generell dem öffentlichen Recht zugerechnet wird. In diesem gemischten Rechtsverhältnis werden die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen lediglich durch eine öffentlich-rechtliche Zweckbindung des Dienstverhältnisses überlagert. Da der Bundes-Angestelltentarifvertrag auch kein Gesetz ist, ist Art. 19 Abs. I Satz 2 GG nicht anwendbar.

Eine verdeckte Grundrechtsbeschränkung ist aber noch aus einem anderen Grunde nicht gegeben : Nach Erlaß des Grundgesetzes galten die im ersten Teil der Untersuchung genannten Tarifordnungen aus dem Jahre 1938 für das Dienstrecht der Staatsangestellten als Rechtsverordnungen fort [1]. Sie schränkten in starkem Maße die Grundrechte der Staatsangestellten durch eine Vielzahl von Regelungen ein, bedurften unter dem Grundgesetz als vorkonstitutionelle Rechtsnormen jedoch keines Hinweises gemäß Art. 19 Abs. I Satz 2 GG. Der BAT, der im Gegensatz zu diesen Tarifordnungen nur sehr vereinzelte Regelungen der Pflichtenbindungen für Staatsangestellte enthält, löste die Tarifordnungen im Jahre 1961 ab, schuf aber keine Verschärfung, sondern gerade eine Erleichterung der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindungen

[1] s. BVerwG, in : MDR 1959, 684; die Tarifordnungen von 1938 wurden vom Staat einseitig ohne Mitwirkung und Zustimmung der Arbeitnehmervertreter erlassen. Ihre Weitergeltung wurde bestimmt durch § 6 BPersG und § 191 Satz 2 BBG i. d. F. vom 14. Juli 1953, BGBl. I S. 551

der Staatsangestellten.

Das bisher geltende Recht erfuhr bezüglich der öffentlich-rechtlichen Bindungen und der Möglichkeiten einer Einschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten also keine bedeutende Änderung. Bei dieser Rechtslage ist Art. 19 Abs. I Satz 2 GG restriktiv auszulegen [1]. Nach dem Sinn dieser Vorschrift soll lediglich die Schaffung neuer, der Konzeption des Grundgesetzes unbekannter Eingriffsmöglichkeiten in Grundrechte verhindert werden, ohne daß der Gesetzgeber offen und ausdrücklich darauf hinweist.

4. Grundrechtsbeschränkungen im Dienstverhältnis der Staatsangestellten auf Grund spezieller tarifvertraglicher Dienstpflichten

a. Die Konkretisierung der bestehenden Grundrechtsbeschränkungen durch Tarifvertrag

Die Einschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten nach dem Kriterium der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung und der Verfassungsfunktion des Dienstverhältnisses folgt als solche ebenso einem generalklauselartigen Maßstab wie das besondere Gewaltverhältnis der Beamten. Die Ausfüllung der Grundrechtsbeschränkung kann ihrerseits nur durch gesetzliche und vertragliche Regelungen erfolgen, im Einzelfall durch eine innerdienstliche Weisung.

1) BVerfG E 5, 13 und 16; 8, 329

Eine erschöpfende Aufzählung der Pflichten und Grundrechtsbeschränkungen der Staatsangestellten ist praktisch nicht möglich. Die im Gegensatz zum Beamtenrecht im BAT sehr vereinzelt und allgemein formulierten Pflichten sind im jeweiligen Einzelfall nach dem von ihnen angestrebten Normzweck ausfüllungsbedürftig. Ein Beispiel hierfür bildet der einleitend genannte Beschluß der Bundesregierung vom 19.9.1950 über die politische Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, die den Staatsangestellten in gleicher Weise wie den Beamten eine Beschränkung ihrer Grundrechten auferlegte.

Nach der ausgrenzenden und grundlegenden Regelung des § 191 BBG [1] wird die gesamte Ordnung der Rechtsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter dem Tarifvertrag zugewiesen. Der Grund dieser Regelungen lag nicht darin, daß es rechtlich unzulässig sei, die Pflichtenbindung der Staatsangestellten gesetzlich festzulegen, sondern darin, daß die Gewerkschaften diese Rechtsverhältnisse als die von ihnen abzuschließenden Tarifvereinbarungen in Anspruch nahmen [2] [3].

1) i. d. F. vom 22.10.1965, BGBl. III 2030-2

2) Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode, Stenographische Berichte, Band 16, S. 13 104

3) Aus dem gleichen, rechtlich nicht zwingend erforderlichen Grund wurde durch § 94 BBG zugebilligt, daß die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse zu beteiligen sind.

b. Die Problematik einer gesetzlichen Regelung der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung und der Rechte der Staatsangestellten

Die Regelung der Dienstverhältnisse der Staatsangestellten muß jedoch nicht für alle Rechtsbeziehungen durch Tarifvertrag erfolgen. Nach Art. 73 Ziff. 8 GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit über die Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden "Personen", also auch der Staatsangestellten [1]. Ebenso kann der Bund Rahmenvorschriften über die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst der Länder, der Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden "Personen" erlassen [2]. Von dieser Gesetzgebungszuständigkeit wurde beispielsweise [3] durch das Bundespersonalvertretungsgesetz Gebrauch gemacht, das für alle Staatsbediensteten des Bundes gilt und in §§ 82 ff. Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung enthält [4].

1) Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen über den öffentlichen Dienst, S. 46

2) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 14 III 2

3) Weitere Beispiele nennt Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, S. 32 bis 35

4) Ebenso der Entwurf eines Personalvertretungsgesetzes, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache V / 3643, §§ 79 ff.

Es wird daher die Meinung vertreten, daß der in den Beamtengesetzen geschaffene Katalog von Pflichten und Rechten auch in Gesetzesform entsprechend für die Besonderheiten der Staatsangestellten hätte geschaffen werden können, ohne daß hierdurch in die Vertragsfreiheit der Tarifvertragsparteien eingegriffen worden wäre [1]. Bevor der Begründetheit dieser Auffassung nachgegangen wird, soll zunächst das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten erörtert werden.

c. Erfordernis und Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung und der Rechte der Staatsangestellten

aa. Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten

Den Staatsangestellten war bis zum Ende der fünfziger Jahre daran gelegen, eine gesetzliche Regelung ihrer Rechtsverhältnisse zu erhalten. Hierbei ging es ihnen jedoch in erster Linie um die Vorteile einer beamtenähnlichen Versorgung und um die Sicherung der beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten [2]. Eine derartige Benachteiligung ist heute aber nicht mehr gegeben. Die Angestellten sind den Beamten in versorgungsrecht-

1) s. den Entwurf eines Landesangestelltengesetzes und Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, S. 45 ff.

2) Entwurf eines Landesangestelltengesetzes, Begründung S. 10

licher Hinsicht vielfach sogar überlegen gestellt [1]. Die Tarifverträge waren mittlerweile schneller und wirksamer als die Besoldungsgesetze in der Lage, der allgemeinen Lohnentwicklung zu folgen.

Die Frage nach dem Erfordernis einer gesetzlichen Regelung des Dienstrechts der Staatsangestellten ist heute nur unter dem Gesichtspunkt einer Konkretisierung ihrer grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung aktuell, die als Gegenstück zum beamtenrechtlichen Pflichtenkatalog geschaffen werden soll [2]. Trotz fehlender verfassungsrechtlicher Anerkennung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten könnte durch eine gesetzliche Regelung der Pflichtenstellung für die Entwicklung des Dienstrechts der Staatsangestellten gleichzeitig die Verfassungsfunktion des Staatsangestelltentums normiert werden, die eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigt. Darüber hinaus wäre die Schaffung eines Disziplinarstrafenkatalogs zweckmäßig und wünschenswert. Weiterhin spricht für eine gesetzliche Regelung die Bedeutung der im Interesse des öffentlichen Dienstes erforderlichen Pflichtenbindungen, der durch eine tarifvertragliche Regelung nicht Rechnung getragen

1) Juncker, Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet ?, ZBR 1967, 65 ff.; Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 195

2) Vgl. Wacke, Empfiehlt sich ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes?, ZStW 100, 172; ders., Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 45

wird [1]. Die Gestaltung der Entlohnung und Versorgung könnte wegen des Sachzusammenhanges mit deren Haupttätigkeiten weiterhin den Gewerkschaften überlassen bleiben.

Weitere Vorteile sind in der Ordnung und Klarstellung des Rechts der Staatsangestellten zu suchen. Die zerstreuten Rechtsquellen des Dienstrechts der Staatsangestellten können durch eine gesetzliche Regelung zusammenfassend geordnet werden. Vor allem wäre es aus Gründen der Klarstellung angebracht, die in die freie Entfaltung der Persönlichkeit eingreifende Grundrechtsbeschränkung im Verhältnis zu Grundrechtsbeschränkungen bei den Beamten eindeutig normativ festzulegen [2]. Die angeführten Gründe sind rechtspolitisch bedeutsam, sie ergeben allerdings keine juristische Notwendigkeit, die genannten Rechtsbeziehungen der Regelungsbefugnis durch die gewerkschaftlichen Interessenvertretungen zu entziehen.

bb. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten

Der Finanzminister und der Innenminister des Landes Nordrhein - Westfalen haben gemeinsam durch einen Erlaß vom 9.7.1955 die Schaffung eines Landesangestell-

1) Entwurf eines Landesangestelltengesetzes, Begründung S. 10; Wacke, Empfiehlt sich ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes ?, ZStW 100, 203 spricht von "Normen zweiter Ordnung".

2) Vgl. Entwurf eines Landesangestelltengesetzes, Begründung S. 13

tengesetzes für verfassungsrechtlich unzulässig erachtet, da auch im öffentlichen Dienst "die Gehaltsregelung für Angestellte und Arbeiter ausschließlich Angelegenheit der Tarifpartner ist" [1]. In seinem Bezug auf die Gehaltsregelung unterliegt der Ministererlaß keinen Bedenken, es ist aber fraglich, ob er auch für eine Regelung der grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindung der Staatsangestellten gilt.

Nach der Art der Rechtsquellen ist im Dienstrecht zu unterscheiden und eine Zweiteilung vorzunehmen [2]. Soweit das Dienstrecht der Staatsangestellten gemäß Art. 74 Ziff. 12 GG auf arbeitsrechtlichen Ursprüngen beruht, ist nur eine tarifvertragliche Regelung möglich; soweit es sich dagegen um die Wesensgrundlagen des staatlichen Dienstes und um den grundsätzlichen Status des Staatsangestellten handelt, ist die gesetzgeberische Zuständigkeit des Art. 73 Ziff. 8 und 75 Ziff. 1 GG gegeben [3]. Diese Zweiteilung wurde durch das im Zusammenspiel mit den Betriebsverfassungsgesetz erlassene Personalvertretungsgesetz bestätigt, das nicht der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes gem. Art. 74 Ziff. 12 GG unterfiel.

1) abgedruckt als Anlage 1, in : Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst

2) Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, S. 43 ff.

3) Ule, in : Die Grundrechte, S. 548; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 14 III 2

Es ist somit nur noch fraglich, in welchen dieser beiden Bereiche die grundrechtsbeschränkende Pflichtenbindung der Staatsangestellten einzuordnen ist. Wacke [1] meint, die hoheitliche Einordnung des öffentlichen Dienstes sei bedroht, wenn die Grundlagen des staatlichen Dienstes wie die Treuepflicht und Gehorsamspflicht und das von den Staatsangestellten verlangte Bekenntnis zur demokratischen Staatsverfassung an die Billigung oder Kündigung durch die Tarifvertragsparteien gebunden sei.

Im Augenblick und für die übersehbare Zukunft ist schon tatsächlich-politisch keine Tendenz der Gewerkschaften erkennbar, als freie Interessengruppen autonom über die verfassungs- oder sonstige öffentlich-rechtliche Bindung des Dienstrechts der Staatsangestellten zu entscheiden. Die Gewerkschaften sind und fühlen sich an Recht und Verfassung gebunden, wie im zweiten Teil der Arbeit erörtert wurde. Seit Bestehen des BAT, der seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1961 jährlich neu gefaßt wurde, sind die an seinem Anfang enthaltenen Regelungen der Rechte und Pflichten der Staatsangestellten unverändert geblieben.

Weiterhin ist zu prüfen, ob diese Regelungen in einem weiteren Sinne nicht auch den Lohn- und Arbeitsbedingungen zuzurechnen sind, die der tarifvertraglichen

1) Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen über den öffentlichen Dienst, S. 41, 42; ähnlich Weber, Die Rechtsstellung der Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger, ZBR 1955, 234

Regelung unterfallen. Wacke [1] verneint die diesbezügliche tarifvertragliche Regelungsbefugnis, weil er von der in dieser Untersuchung abgelehnten Voraussetzung ausgeht, Art. 33 Abs. V GG sei ein verfassungsrechtlicher Auftrag, auch das Dienstrecht der Staatsangestellten nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu regeln; hieraus folgert er, daß die Tarifvertragsparteien nicht die richtigen Instanzen für einen verfassungsrechtlichen Auftrag sind.

Der Auffassung Wackes, die Aufgaben der Gewerkschaften auf die reine Lohnpolitik zu beschränken, kann entgegengehalten werden, daß die grundrechtsbeschränkenden Pflichtenbindungen der Staatsangestellten nicht isoliert von den Arbeits- und Lohnbedingungen geregelt werden können, da beide Faktoren voneinander abhängig sind [2]. Die legitime Funktionsträgerschaft der Gewerkschaften als Tarifvertragspartner und ihr Mitwirken zusammen mit den staatlichen Stellen am Zustandekommen eines Tarifvertrages über den öffent-

1) Wacke, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Landesgesetzen für den öffentlichen Dienst, S. 25 ff.; ders., in : Neues Beamtentum, S. 161; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 66; ebenso Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 35 ff.; ähnlich Nikisch, Arbeitsrecht I, § 14 III 2

2) ähnlich Ule, in : Die Grundrechte, S. 548 und 555; a. A. Wacke, in : Neues Beamtentum, S. 173; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 46 f.

lichen Dienst sind als politische Anteilhabe an der Rechtsbildung in unserer Gesellschaft zu werten [1], die auch die Gestaltung der politischen Ordnung der Bundesrepublik umfaßt. Unter diesem Gesichtspunkt ist die gewerkschaftliche Mitwirkung an der Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen in einem weiteren Zusammenhang zu sehen.

d. Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen durch Tarifvertrag

Den in BAT festgelegten grundrechtsbeschränkenden Pflichten der Staatsangestellten stehen die Grundrechte in einem Spannungsverhältnis gegenüber. Die Staatsangestellten sind bezüglich ihrer grundrechtlichen Freiheitssphäre anders gestellt als die übrigen Staatsbürger. Wie bereits in dieser Untersuchung dargelegt, bedarf die Einschränkung von Grundrechten in öffentlichen Dienst der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, die hier in der vom Grundgesetz vorausgesetzten Verfassungsfunktion des Staatsangestelltentums zu suchen ist. Tarifverträge als solche können eine Einschränkung von Grundrechten nicht rechtfertigen. Sie dienen lediglich der Bestätigung, der Ausfüllung und Konkretisierung der nach der Verfassung bestehenden Grundrechtsbeschränkungen und damit dem Prinzip der Rechtssicherheit [2].

1) s. o. S. 83 ff.

2) Vgl. Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 195

Die Voraussetzungen einer verfassungsrechtlich geforderten und vorausgesetzten Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten ergeben sich aus der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung des Dienstverhältnisses und der Verfassungsfunktion ihres öffentlichen Dienstes. Wesentliche Grundsätze folgen aus der Verpflichtung zur Achtung der demokratischen Verfassungsordnung und aus der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Dienst- und Treueverhältnisses der Staatsangestellten gemäß der Generalklausel des § 8 BAT und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen. Die derzeit nach dem BAT normierten Pflichten stellen ein Mindestmaß dar. Daher ergeben sich bezüglich ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit keine Bedenken [1]. Die tarifvertraglichen Pflichtenbindungen sind nur soweit zulässig, als die Verfassung die mit ihnen verbundene Grundrechtsbeschränkung rechtfertigt; der Hinweis auf den Tarifvertrag oder den privat-rechtlichen Dienstvertrag ist keine ausreichende Rechtfertigung für eine Grundrechtsbeschränkung.

1) Vgl. Ebert, in : Die Personalvertretung, 1966, 113; Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 195

III. Wechselbeziehungen zwischen der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis und dem privatrechtlichen Sonderverhältnis

Die geschilderten Pflichtenbindungen und Grundrechtsbeschränkungen haben gezeigt, daß das Dienstverhältnis der Staatsangestellten ein hohes Maß an rechtlicher und tatsächlicher Unterordnung unter die Verfassungsfunktion des öffentlichen Dienstes aufweist. Diese Rechtsentwicklung kann bis in die Ursprünge des heutigen Dienstrechts der Staatsangestellten zurückverfolgt werden [1]. Sie hatte vielfach im Beamtenrecht ihr Vorbild, bestand aber auch in einer durchaus selbständigen Rechtsentwicklung [2]. Die beamtenfeindliche Gesetzgebung des Nationalsozialismus hat in den Tarifordnungen die wesentlichen Pflichtenbindungen des Staatsangestelltentums verstärkt normiert. In diesem Zusammenhang wurde bereits erkannt, daß innerhalb des öffentlichen Dienstes "der Unterscheidung in die beiden Rechtskreise des öffentlichen und privaten Rechts keine wesensmäßige Trennung in zwei Rechtskategorien zugrunde liegt, sondern daß sie nur eine aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffene Einteilung bedeutet,

1) Vgl. Wacke, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 36

2) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 18 ff.; ders., Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 38

die mit rechtstechnischen Mitteln überwindbar ist" [1].

Es wurden also schon in der Vergangenheit die unter heutigen Rechtsgesichtspunkten grundrechteinschränkenden Pflichtenbindungen in erster Linie mit den "Lebensnotwendigkeiten des öffentlichen Dienstes, die einen einheitlichen Personalkörper erzwangen" [2], gerechtfertigt. Weniger wichtig und sekundär für die geltende Einschränkung der allgemeinen staatsbürgerlichen Rechtsstellung der Staatsbediensteten war dabei die Rechtsform des Dienstverhältnisses. Diese grundsätzliche Rechtslage kann nicht als nationalsozialistische Regelung abgetan werden. Der Vorrang der Staatsfunktion des öffentlichen Dienstes als integrierender Bestandteil der Staatsverfassung vor der subjektiven Rechtsstellung des einzelnen Staatsbediensteten entspricht den Feststellungen dieser Studie und wurde schon im Jahre 1928 ausgesprochen [3]: "Jeder Staat bedarf einer seinen spezifischen Bedürfnissen angepaßten Amtsverfassung".

1) Wacke, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 38; ders. schon im Jahre 1933, Das Dienstrecht der Behördenangestellten, S. 12

2) Wacke, Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, S. 38

3) Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die Demokratie, S. 2

Bei der Rechtsstellung der Staatsbediensteten geht es auch heute nicht nur um die Gewährleistung der grundrechtlichen Freiheit, sondern auch im demokratischen Rechtsstaat ebenso um die Grenzen der Freiheit der Staatsbediensteten "im Interesse der Allgemeinheit, im Interesse der Handlungsfähigkeit des Staates als Diener der Gesellschaft" [1]. Daran wird die öffentlich-rechtliche Bindung des Dienstrechts der Staatsangestellten deutlich, das nach Wacke [2] wegen dieser besonderen Einordnung in die Erfüllung gemeinnütziger Aufgaben zum staatlichen Verwaltungsrecht zu rechnen ist. Vom Ergebnis dieser Integration des Staatsangestellten in die staatlichen Funktionen her wird deshalb in der Literatur [3] ein besonderes Gewaltver-

1) Thieme, Für eine Totalrevision des Grundgesetzes, ZRP, 1969, 33

2) Wacke, Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 279

3) Wacke, Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 279; ders., Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 108; ders., in : VVDStRL Heft 13, S. 208; Kellner, Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963, 419; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 107 I c und § 118 I b; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33 Rn. 71, bejaht begrifflich nur ein besonderes Gewaltverhältnis der Beamten und sieht in ihm eine Parallele zum Direktionsrecht des Arbeitgebers und zur Treuepflicht des Arbeitnehmers im privaten Arbeitsverhältnis

hältnis der Staatsangestellten bejaht. Auch die genannten Landesverfassungen, die einen Eid des Staatsangestellten auf die Verfassung verlangen, und die entsprechende Bestimmung des § 6 BAT, die ein Gelöbnis auf die Verfassung und die Gesetze der Bundesrepublik Deutschland vorsieht, drücken die gemeinnützige Dienerschaft der Staatsangestellten für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat aus. Die Art. 130 Abs. II, 132 Abs. I Satz 2 und 3, 137 Abs. I GG oder beispielsweise die vor Gericht für Staatsangestellte gemäß § 54 Abs. I StPO und § 376 Abs. I ZPO erforderliche Aussagegenehmigung [1] enthalten neben anderen Gesetzesnormen diesen Rechtsgedanken.

IV. Das besondere Gewaltverhältnis der Staatsangestellten (Schlußbetrachtung)

Nach den Feststellungen der Untersuchung stehen auch die Staatsangestellten in einem besonderen Gewaltverhältnis; es ist insoweit beamtenähnlich, aber nicht beamtengleich, als es unter Zugrundelegung der am Ende des zweiten Teils [2] zusammengefaßten Kriterien diesem teilweise gleicht, teilweise aber auch wegen der Eigenart seines privatrechtlichen Anstellungsvertrages grundlegend andere Rechtsbindungen enthält.

1) Leiß, Beschäftigte des öffentlichen Dienstes als Zeugen über dienstliche Vorgänge, DÖV 1956, 397

2) s. o. S. 154 bis 158

Gemäß dem Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses wird auch für die Staatsangestellten zugunsten eines bestimmten Zweckes der öffentlichen Verwaltung eine verschärfte Abhängigkeit begründet, da sie in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben beruflich eingeordnet sind. Die gesteigerte öffentlich-rechtliche Pflichtenbindung wird durch den im Interesse der Allgemeinheit bestehenden gemeinsamen Funktionszweck des gesamten öffentlichen Dienstes bestimmt.

Das besondere Gewaltverhältnis allein kann eine Grundrechtsbeschränkung nicht rechtfertigen. Die verfassungsmäßig garantierten Grundrechte können eine wirksame Einschränkung nur durch die Verfassung selbst erfahren. Die Grundrechtsbeschränkung der Staatsangestellten ist aus der Verfassungsfunktion des gesamten öffentlichen Dienstes herzuleiten, die sich in Art. 33 GG widerspiegelt. Die Rechtsstellung der Staatsangestellten ist der verfassungsrechtlichen Funktion der Institution, der sie angehören, unterzuordnen, ihr besonderes Gewaltverhältnis spricht ihre Rechtslage verdeutlichend aus. Bei der grundrechtlichen Rechtsstellung der Staatsangestellten geht es daher nicht nur um die Gewährung ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Freiheiten, sondern wesentlich und vor allem um die Grenzen dieser Freiheitsrechte, welche im Interesse der Gemeinnützigkeit und Funktionsfähigkeit des gesamten öffentlichen Dienstes gemäß den an den Staatszielbestimmungen der Verfassung orientierten Verwaltungsaufgaben gezogen sind [1].

[1] Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297, 298

Obwohl auch für die Staatsangestellten die Möglichkeit einer Grundrechtsbeschränkung bejaht wurde, soll nicht der in Art. 29 der Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946 angedeuteten Tendenz gefolgt werden, die bestehenden Unterschiede zwischen Staatsangestelltentum und Beamtentum aufzuheben. Diese Auffassung geht an der bestehenden Rechtslage vorbei und entspricht nicht der Entwicklung des Dienstrechts der Staatsangestellten. Zwar war in den vorigen Jahrhunderten der uneigennützige Amtswalter ein Privatangestellter des Fürsten, der sich im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus zu einem beamtenähnlichen Amtswalter veränderte; aber seit Ende des letzten Jahrhunderts verläuft die Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts - auf Beamte und Staatsangestellte bezogen - zweigleisig. Das Recht des öffentlichen Dienstes tendiert nicht nur, wie etwa im Personalvertretungsrecht, zu einer Vereinheitlichung, sondern ist auch von den erörterten gegenteiligen Entwicklungstendenzen bestimmt.

Es läßt sich nicht mit Wacke [1] behaupten, das Beamtentum sei das auch in der Zukunft dominierende und vereinheitlichende Element. Ebenso könnte angenommen werden, daß der moderne industrielle Staat eine Arbeitnehmerschaft im öffentlichen Dienst braucht, die einen hohen Grad von Mobilität aufweist und ein angemessenes Risiko höher schätzt als jene umfassende

[1] Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 110 ff.; ders. Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 1958, 279

Sicherheit, die den Beamten geboten wird [1]; eine eine Fruchtbarmachung des Angestelltenstatus für Führungsaufgaben der Verwaltung könnte am besten ein künftiges industrielles Staatsmanagement verwirklichen, das unserer dynamischen Gesellschaft angemessen ist.

Es ist daher daran festzuhalten, daß die Entwicklungslinien des Dienstrechts der Staatsangestellten und des Beamtenrechts parallel verlaufen [2]. Die gegenteilige Auffassung [3], die sogar annahm, daß jede solche Auslegung im öffentlichen Dienstrecht verfassungswidrig sei, die bei zweifelhaftem Wortlaut zu einer Minderung des Einflusses beamtenrechtlicher Prinzipien führe, verkennt die eigenständige, vom Beamtenrecht unabhängige Regelung des Dienstrechts der Staatsangestellten und ist heute als überholt anzusehen [4].

Die Widersprüchlichkeit der teilweise übereinstimmenden, teilweise divergierenden Entwicklung des

1) Vgl. Neeße, Der Angestellte im kommunalen Bereich, ZBR 1967, 33

2) Wilhelm, Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1966, 364; Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 195; BAG, in : NJW 1960, 358, 360

3) Kümmel, Ist der Beamtenberuf noch erstrebenswert?, RiA 1959, 369 ff.; Mestern, in : Neues Beamtentum, S. 43; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, S. 41; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 17

4) Clemens, Zum Bundes-Angestelltentarifvertrag, ZBR 1961, 195; Rudolph, Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien und Vereinigungen, DVBl. 1967, 647

öffentlichen Dienstrechts wird aufgelöst, wenn die jeweiligen Regelungen und Tendenzen unter die gemeinnützige Verfassungsfunktion des gesamten öffentlichen Dienstes eingeordnet werden. Danach ist der entscheidende Unterschied beider Dienstverhältnisse nicht in der formalen Kategorie der Begründung des Dienstverhältnisses zu suchen, sondern in dem unterschiedlichen Grad und dem Modus, in welchem durch das einzelne Dienstverhältnis gemeinnützige Funktionen im Interesse der Allgemeinheit erfüllt werden.

Im Bereich des Dienstrechts ist zwischen den Arten der Staatsangestellten wie folgt zu differenzieren : Ist die Funktion des Staatsangestellten nicht, wie vom BAT vorausgesetzt, die eines weisungsgebundenen Mitarbeiters, also nicht untergeordneter, weisungsgebundener Natur, so ist entsprechend der dienstlichen Stellung des Staatsangestellten im Wege der ergänzenden Auslegung der Pflichtenbindung eine beamtenähnliche oder beamtengleiche Grundrechtsbeschränkung gegeben. Das dienstrechtliche Rechtsverhältnis der nicht hoheitsrechtlich tätigen Staatsangestellten unterliegt beamtengleichen Grundrechtsbeschränkungen, wenn sie notwendige Funktionen für die Vorbereitung der Erfüllung hoheitsrechtlicher oder solcher Aufgaben wahrnehmen, die der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens dienen. Diese Grundrechtsbeschränkung ergibt sich aus der übergeordneten Verfassungsfunktion des Staatsangestelltentums, die im Zusammenhang mit dem gesamten Recht des öffentlichen Dienstes ein integrierender Bestandteil der Staatsverfassung ist. Wegen der gemeinnützigen Funktion der Staatsangestellten, die aus ihrer beruflichen Einordnung in die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben folgt, besteht eine öffentlich-rechtliche Zweckbindung des privatrecht-

lichen Dienstverhältnisses, die der Institution des Verwaltungsprivatrechts vergleichbar ist [1].

Unterschiedliche, eigenständige und weniger intensive Grundrechtsbeschränkungen bzw. Pflichtenbindungen als im Beamtenrecht sind dagegen zulässig und erforderlich, wenn das Dienstverhältnis der Staatsangestellten die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, also nur untergeordneten und weisungsgebundenen Funktionen dient und auch nicht mittelbar für die Erfüllung hoheitsrechtlicher und solcher Aufgaben notwendig ist, die für die Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens unentbehrlich sind. Auf diese Kriterien hat die herrschende Meinung beispielsweise bezüglich des Streikrechts der Staatsangestellten abgestellt.

Keine Grundrechtsbeschränkungen bestehen im sogenannten privatrechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestand des Dienstverhältnisses der Staatsangestellten, das keiner öffentlich-rechtlichen Zweckbindung unterliegt. Der privatrechtliche Rechtscharakter dieser Rechtsbeziehungen läßt grundlegend andere Regelungen als im Beamtenrecht zu, wie das beispielsweise im Recht der Kündigung der Fall ist.

Die zunächst widersprüchliche Entwicklung des Dienstrechts der Staatsangestellten und die unterschiedlichen Kriterien einer möglichen Grundrechtsbeschränkung entsprechen notwendigen und gerechtfer-

[1] s. u. S. 221

tigten Kriterien, wenn sie in die von dieser Studie unterschiedene D r e i t e i l u n g der Rechtsbeziehungen der Staatsangestellten eingeordnet werden: Dies sind erstens die den Vorstellungen des BAT entsprechenden untergeordneten und weisungsgebundenen Dienstverhältnisse, die für die Erfüllung hoheitlicher oder solcher Aufgaben, die der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens dienen, nicht in Betracht kommen, und zweitens diejenigen Dienstverhältnisse, die selbständig und unmittelbar für die Erfüllung öffentlich-rechtlicher oder hoheitlicher Aufgaben verantwortlich sind. Die dritte Unterscheidung betrifft die des dienstrechtlichen Rechtsverhältnisses, das einer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung unterliegt, und des privatrechtlichen Begründungs- und Beendigungstatbestandes.

Eine Grundrechtsbeschränkung ist nur in den beiden zuerst genannten Rechtsbeziehungen möglich. Sie richtet sich nach der Funktion des Staatsangestellten in der öffentlichen Verwaltung. Die Frage, ob ein Staatsbediensteter Beamter oder Staatsangestellter ist, ist für die Frage nach der Möglichkeit der Grundrechtsbeschränkung von nebensächlicher Bedeutung. Sie kann allenfalls für das Maß und die Intensität der Grundrechtsbeschränkung ausschlaggebend sein, nämlich dann, wenn der Staatsangestellte die Voraussetzungen der ersten Alternative der genannten Dreiteilung erfüllt.

In den öffentlich-rechtlich gebundenen dienstrechtlichen Rechtsbeziehungen der Staatsangestellten übt der Staat als Dienstherr öffentliche Gewalt aus. Er ist daher gemäß Art. 1 Abs. III GG an die Grundrechte gebunden und darf sie nur nach Maßgabe der Verfassung einschränken. Es wäre verfehlt, dem Staat wie einer

Privatperson die Ausübung von Rechten zu gestatten, während ihm in Wirklichkeit staatliche Machtmittel zu Gebote stehen. Der Grundrechtsschutz im Dienstverhältnis der Staatsangestellten nach Maßgabe der Verfassung ergibt sich schon daraus, daß kein privater Arbeitgeber das in § 6 BAT geforderte Gelöbnis oder gar nach Maßgabe der Landesverfassung [1] einen Eid auf die Verfassung verlangen kann.

Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit ist es erforderlich, die regelmäßig im Ergebnis zwar übereinstimmende, bislang aber unter dem Begriff der privatrechtlichen Pflichtenbindung verdeckte Grundrechtsbeschränkung im Dienstverhältnis der Staatsangestellten theoretisch klar als verfassungsrechtliches Problem zu erkennen und als solches zu kennzeichnen. Die staatliche Gewalt muß Rechenschaft darüber ablegen, mit welcher Rechtfertigung Grundrechte eingeschränkt sind.

[1] So. Art. 121 der Verfassung des Saarlandes; Art.187 der Verfassung des Freistaates Bayern; Art. 21 Abs. I des Beamtengesetzes für Württemberg-Baden vom 19.11.1946

L E B E N S L A U F

Am 13. April 1944 wurde ich in Setlage im Kreis Lingen als zweites Kind des Regierungsbauoberinspektors i. R. Reinhard Helmers und seiner Ehefrau Maria, geb. Möhlmann, geboren. Wie meine Eltern bin ich evangelisch-lutherischer Konfession und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach vierjährigem Volksschulbesuch war ich ab Ostern 1954 Schüler des mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasiums in Leer in Ostfriesland. Nachdem ich von 1960 bis 1962 das Gymnasium Ulricianum in Aurich in Ostfriesland besucht hatte, bestand ich 1963 am Gymnasium in Leer die Reifeprüfung.

Von 1963 bis 1969 studierte ich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Im Juli 1967 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat "befriedigend" ab. Im September 1967 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein, den ich durch einen Sonderurlaub von Oktober 1968 bis August 1969 unterbrach. Im Wintersemester 1968/1969 war ich bei dem geschäftsführenden Direktor des Instituts für öffentliches Recht und Politik der Universität Münster, Herrn Prof. Dr. Scupin, als Korrekturassistent tätig.